

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍAS DEL DERECHO

I. DESCRIPTIVISMO Y TEORÍAS DEL DERECHO

1. *Algunas distinciones fundamentales*

Después de haber destacado algunos lineamientos de la concepción epistemológica en la cual se enmarca nuestra indagación, tenemos ahora que examinar las posibles implicaciones que derivan de la elección en favor de esta perspectiva para la teoría jurídica. En otros términos, tenemos que plantearnos ahora: ¿qué cambiaría para la teoría jurídica si se adoptara programáticamente una concepción epistemológica constructivista? Estos eventuales cambios, nótese bien, repercutirían no solamente en las actividades de los *estudiosos del derecho*, sino también en las de los *operadores jurídicos*, por dos razones distintas: en primer lugar, porque entre teoría y práctica del derecho se registran interacciones muy estrechas, sobre algunas de las cuales hablaremos a continuación; en segundo lugar, porque también en el trabajo de los operadores jurídicos (como veremos más adelante) se debe reconocer una dimensión teórica; más precisamente, una dimensión *cognoscitiva en sentido lato*.

En este punto, me parece oportuno trazar una distinción entre dos tipos diversos de implicaciones que derivan de la adopción de esta concepción epistemológica. Las primeras, que llamaré *implicaciones en negativo*, conciernen al hecho de que tal con-

cepción suministra los instrumentos adecuados, en primer lugar, para identificar; y luego para poner radicalmente en cuestión los presupuestos de tipo descriptivista (con su justificación epistemológica de carácter realista) que sirven de marco a una buena parte de las teorías jurídicas contemporáneas de inspiración analítica. Las segundas, que llamaré implicaciones *en positivo*, hacen alusión a algunos resultados que derivan de la elección en favor de esta concepción. Lo que quiero decir es que algunas indicaciones acerca de la manera de enfrentar algunas cuestiones definitivamente importantes para la teoría del derecho provienen de la concepción constructivista. Se trata de cuestiones que se colocan en distintos planos y que pueden ser oportunamente diferentes de la siguiente manera: I) la cuestión concerniente a la manera más apropiada de configurar la relación entre las teorías jurídicas y el campo de experiencia sobre el que versan (*perfil metateórico general*); II) la cuestión relativa a la elección de la aproximación teórica más homogénea atinente a la perspectiva epistemológica constructivista (*perfil teórico general*); III) la cuestión, de carácter más específico, relacionada a la manera más adecuada de configurar la relación entre conocimiento jurídico y juicios de valor (*perfil metateórico específico*).

En este apartado me ocuparé, muy sintéticamente, de las implicaciones *en negativo*; en las otras dos secciones del capítulo dedicaré mi atención a las implicaciones *en positivo*. Finalmente, en el capítulo siguiente abordaré el *perfil metateórico específico*.

Antes de comenzar a hablar sobre las implicaciones *en negativo*, es oportuno hacer dos apreciaciones previas. La primera concierne al uso que haré de ahora en adelante de la locución 'derecho'. Con dicho uso debería quedar claro que no pretendo brindar una determinada caracterización teórica de los fenómenos jurídicos (como ocurriría, en cambio, si con la expresión en cuestión intentara hacer referencia a una figura teórica específica, como 'norma', por ejemplo), sino solamente, de manera general, delinear el campo de experiencia que constituye el punto de partida para las operaciones constructivas puestas en acción por los

teóricos del derecho y los juristas en la configuración que le dan los iuspositivistas. Se trata, por otro lado, de un campo de experiencia que en mi opinión puede ser progresivamente demarcado, aunque sea burdamente y sólo a grandes rasgos, sin hacer referencia a una interpretación teórica específica en particular, sino apelando a nuestras intuiciones (y a los conceptos que de ellas derivan) antes que nada de sentido común (*el concepto de derecho de sentido común*), y luego también de carácter científico (*el concepto científico de derecho* presupuesto por los iuspositivistas). Aquí no puedo hacer otra cosa que remitir, para aclaraciones ulteriores, a la exposición general de los *conceptos* que he desarrollado a lo largo de toda la primera sección del primer capítulo, que contiene también una parte dedicada a los *conceptos jurídicos*, así como al análisis del *concepto iuspositivista de derecho* que trataré en el último tramo de este capítulo.

La locución ‘derecho’ hace referencia, en este sentido, al *ámbito de la experiencia jurídica*, tal y como está delineado por la vía de conceptos, concepciones, teorías, etcétera, de las diversas tradiciones de investigación que convergen en la corriente del iuspositivismo. Este tipo de planteamiento, nótese bien, no privilegia ninguna figura teórica en particular respecto a las demás disponibles; no suministra, en otros términos, ningún tipo de contribución para la determinación de los objetos que forman parte de este campo de experiencia, para la identificación de sus propiedades relevantes, etcétera.

Desde el punto de vista constructivista, lo que se puede decir antes de la intervención de un esquema de representación, es que a este campo de experiencia pertenecen aquellos elementos que son intuitivamente considerados (tanto en el plano de sentido común como en el científico) como *instancias paradigmáticas* de la clase de los fenómenos jurídicos; son estas intuiciones pre-teóricas que contribuyen a formar los *conceptos* (*antes* conceptos de sentido común y *luego* conceptos científicos), y por lo tanto a suministrar posteriormente el fondo de las asunciones que los teóricos del derecho, pertenecientes a la comunidad científica de

los iuspositivistas, consideran como *exentas de cualquier tipo de duda* y, por eso mismo, merecedoras de representar el punto de partida de la investigación.²⁷³

La segunda puntualización concierne a la manera en la cual entiendo, en este volumen, las locuciones ‘teóricos del derecho’, ‘estudiosos del derecho’ y ‘juristas’. Pues bien, la diferencia entre teóricos del derecho, por un lado, y estudiosos del derecho y juristas, por el otro, depende del hecho de que el objeto de las investigaciones de la *teoría del derecho* no está representado por una organización jurídica específica, por un determinado ordenamiento jurídico, —no tanto por el derecho *tout-court*, sin ulteriores calificaciones— sino, más bien por más organizaciones jurídicas, comparables entre sí (en nuestro caso, el ámbito de referencia de la teoría jurídica está representado por las organizaciones jurídicas contemporáneas de tipo occidental), de las cuales se necesita extrapolar toda una serie de nociones (‘interpretación jurídica’, ‘norma’, ‘sistema jurídico’, ‘obligación’, ‘sanción’, etcétera). Está claro que del campo de indagación de esta disciplina, tal como ha sido hasta aquí configurado, forman parte también, con justa razón, las actividades de los estudiosos del derecho y de los juristas, pero ciertamente como objeto del cual no se pueden proporcionar *descripciones*, sino solamente *reconstrucciones selectivas*.

El objeto de las indagaciones de los *estudiosos del derecho* (locución que usaré más frecuentemente) está constituido, en cambio, por un ordenamiento jurídico específico, pero no tanto en uno de sus sectores particulares (derecho penal, por ejemplo), sino en sus nociones y en sus principios comunes a las distintas partes, que en cualquier caso expresan algunos de sus aspectos fundamentales que definen su identidad, o bien que caracterizan su va-

²⁷³ Para esta caracterización *minimale* de la definición véanse dos de mis trabajos ya citados, y, específicamente, para una exposición general del modelo, el ensayo “Il modello di definizione per casi paradigmatici e la definizione di ‘diritto’”, *cit.*, pp. 275-310, y por lo que concierne al ámbito jurídico, el volumen *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, *cit.*, pp. 24-30.

lencia ética. Justo por esta razón, denominaré al jurista que se ocupa del derecho constitucional como *estudioso del derecho*.

Finalmente, casi por exclusión, el objeto de las indagaciones de los *juristas* está constituido por cada uno de los sectores de un ordenamiento. Al interior de esa categoría se puede hacer una ulterior distinción entre: I) *juristas teóricos*, cuyo objeto fundamental es el de ofrecer reconstrucciones dogmáticas de institutos o de conjuntos de normas, conducidas con objetivos que son genuinamente cognoscitivos; II) *juristas prácticos*, cuyo objetivo fundamental es el de ofrecer reconstrucciones interpretativas y dogmáticas que tienen el propósito eminentemente práctico de influenciar el trabajo de los jueces y de los demás funcionarios públicos o, en todo caso, de contribuir a la solución de casos concretos. Es en este sentido, más técnico y específico, que yo entiendo la locución ‘juristas’. Existe, sin embargo, un empleo más genérico de dicha locución, que adoptaré también en esta obra para hacer la distinción entre jurista y teórico del derecho, la cual permite discernir entre los ámbitos de experiencia de los que se ocupan estas dos figuras (en el primer caso, más experiencias jurídicas comparables entre sí; una experiencia jurídica individual, en el segundo caso).

Como podemos ver, esta distinción no se identifica de ninguna manera con aquella (sobre la que les hablaré más adelante) entre actividad jurídica de carácter *cognoscitivo* y actividad jurídica de carácter *no cognoscitivo*. Todas las figuras que acabamos de distinguir pueden legítimamente desenvolver, en maneras y niveles distintos, actividad cognoscitiva (en su propósito de “dar cuenta del derecho positivo”); de todos modos, que lo hagan o no es una cuestión que se valorará de forma absolutamente independiente del tipo de calificación que se les asigne como *teóricos del derecho*, *estudiosos del derecho* y *juristas*.

2. *Los presupuestos descriptivistas de las teorías jurídicas iuspositivistas*

Podemos pasar ahora a discutir las implicaciones calificadas en el apartado anterior como implicaciones *en negativo*. La primera consecuencia de la adopción de una imagen constructivista del conocimiento en el ámbito jurídico consiste en el hecho de que por medio de ella es posible una identificación más clara de los presupuestos realistas y descriptivistas que están presentes, por lo menos en mi opinión, en buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo y, por lo tanto, no sólo en el perteneciente al área del iuspositivismo analítico (aunque preponderantemente haga referencia a este último).

Un ejemplo significativo de la presencia de presupuestos de esta clase está constituido, como mostraré en breve, por el uso que algunos teóricos del derecho contemporáneo hacen de la noción de ‘verdad como correspondencia’, considerada como el objetivo fundamental de los discursos formulados por la doctrina y —según otros también— por la jurisprudencia. Como subraya oportunamente Patterson en un reciente trabajo,²⁷⁴ este tipo de opción deriva del hecho de compartir, en sede de epistemología general, una concepción *foundationalist* (pero que entronca también con el *realismo metafísico*, añadiría yo) del conocimiento;²⁷⁵ y en el contexto de una teoría semántica, por una concepción del lenguaje cognoscitivo que él llama *modernist* (y que califico como *descriptivista*), según la cual el objeto principal de este lenguaje es el de llevar a una “disclosure of the relationship between the word and the world”.²⁷⁶

Desde un punto de vista más específico de la teoría del derecho, la idea central que subyace tras estas concepciones, emparentadas con el realismo (en epistemología) y con el descriptivismo (en semántica), es aquella cuyo objeto en la teoría jurídica

²⁷⁴ Patterson, D., *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 153.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 163.

genuina es suministrar representaciones tendencialmente neutrales y objetivas de aquel segmento de la realidad social formado por la *realidad jurídica* (como sea que se le configure). Esta tesis epistemológica trae consigo importantes implicaciones teóricas que conciernen a la atribución de algunas características comunes a las aproximaciones (también profundamente diversas entre sí) preescogidas en sede de la teoría de derecho. Se trata de aquellas características a las cuales Barberis coloca atinadamente la etiqueta de ‘paradigma objetual’.²⁷⁷ La tesis central compartida por este paradigma es aquella según la cual existe, en algún sentido —o cuando menos puede ser abstractamente configurable—, una *realidad jurídica* compuesta por “objetos”, que son en principio fielmente describibles y representables por los teóricos del derecho y los juristas; una *realidad*, nótese bien, considerada como independiente en su configuración (es decir, en los términos de los objetos y de los eventos que la conforman, propiedades de las que están provistos dichos objetos, etcétera) de la manera en cómo se efectúa la supuesta *descripción* y de los esquemas de las categorías utilizadas en este tipo de operación.²⁷⁸

Vale la pena recalcar que este tipo de actitud metateórica *objetualista* se impone, al interior de las teorías jurídicas en cuestión, independientemente de la respuesta que éstas se preocupan de dar contextualmente al problema de cuáles son los objetos y los eventos que forman parte de esta supuesta *realidad jurídica*. Sabemos muy bien que dichos objetos han sido, de hecho, configurados de manera muy distinta de las teorías iuspositivistas

²⁷⁷ Barberis, M., *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 46-51.

²⁷⁸ Un convencimiento metateórico de este tipo se puede identificar muy bien, y es oportunamente criticado por Lucy, con referencia específica a las teorías del razonamiento jurídico. Este convencimiento nos lleva a sustentar, siempre según Lucy, que las teorías del razonamiento jurídico encausan descripciones que son “supposedly neutral, bare reports corresponding to specific factual situations which theories had to fit and explain” (Lucy, W. N. R., “Critiquing and Constructing Accounts of Legal Reasoning”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, 3, 1994, p. 309).

contemporáneas: y así, por ejemplo, en el intento de sacar a la luz los elementos-base de la experiencia jurídica, se hizo referencia cada vez a *entidades normativas* (la corriente de investigación kelseniana), a *entidades lingüísticas* (las teorías analíticas normativistas), a *hechos psicosociales* (el realismo jurídico escandinavo) y a *prácticas sociales de carácter normativo* (de la corriente posthartiana), entre otras. Estos cambios de perspectiva teórica, sin embargo, no conllevan a menudo ningún cambio en los presupuestos epistemológicos y semánticos “de fondo”, que permanecen sustancialmente estáticos y comunes a una buena parte de estas perspectivas.

En síntesis, se puede evidenciar que las concepciones jurídicas descriptivistas del conocimiento jurídico no ofrecen ningún tipo de contribución *constructiva* ni para la existencia misma del derecho ni para el tipo de configuración que se quiere ofrecer (en el sentido de la elección de los objetos y de los eventos-base que habitan el campo de la experiencia jurídica). Desde este punto de vista, el derecho, como sea que esté configurado, existe en una especie de *dimensión preteórica*, independientemente de la actividad a través de la cual se adquiera conocimiento y, naturalmente, también de todas aquellas actividades “ulteriores” (de interpretación, de aplicación, etcétera) que, consideradas por otro lado como necesarias, hacen posible el *uso social*, en todos los niveles (desde los ciudadanos hasta los operadores jurídicos).

Habrà que aclarar que con este último discurso no quiero de ninguna manera sugerir la idea de que para estas teorías exista algo parecido a una dimensión *originaria y natural* del derecho que no constituya objeto de una actividad de producción (como sea que se considere) por parte de sujetos históricos concretos. Recuerdo que estamos hablando de teorías que forman parte de las diferentes tradiciones de investigación del iuspositivismo (como mostraré más tarde en la última sección de este capítulo), cuyo denominador común lo encuentran todas en el hecho de oponerse al iusnaturalismo. Para estas teorías, por lo tanto, el derecho conoce un *momento originario de producción*, aun-

que diverso. De cualquier modo, son los sujetos (legisladores, órganos públicos en general, jueces, miembros legos de la comunidad) considerados como responsables de este proceso, y esto justamente porque son distintos los acercamientos teóricos que se disputan el campo.

El punto importante que deseo subrayar es, en realidad, el siguiente: estas teorías tienden a operar, en mayor o menor medida, una *escisión* entre la fase tópica de la producción del derecho (o mejor dicho, de cada instancia del derecho) que se considera como decisiva para los fines de la comprobación objetiva de su existencia (con las posibles recaídas, para fines explicativos y/o predictivos de esta operación), y todas las fases ulteriores, en donde se realizan las diferentes modalidades (con carácter privado o institucionalizado) de uso social del derecho mismo. Estas últimas fases tienen una escasísima incidencia en el perfil de la existencia del derecho, mientras, obviamente, poseen mucha influencia en toda una serie de otros perfiles; por ejemplo: en la determinación de su contenido o, mejor, del contenido de sus instancias específicas. Según este punto de vista, en definitiva, el derecho sale de la “casa de producción” como un *producto acabado* que para existir no tiene, por lo tanto, necesidad de la contribución de los “consumidores del producto”; aunque, en honor a la verdad, queda no perjudicado el hecho de que su producción está de todos modos destinada al uso social que de ella se puede hacer.

3. *Kelsen y el constructivismo*

Se impone ahora una oportuna aclaración ligada a este punto del análisis de presupuestos descriptivistas de las teorías jurídicas iuspositivistas. Al hablar de tales presupuestos, estoy realizando obviamente una generalización “con un amplio espectro”, que no pretende ciertamente aplicar, integralmente y de un mismo modo, a todas las posiciones caracterizables como iuspositivistas. En el panorama contemporáneo hay evidentemente deter-

minadas teorías jurídicas (algunas de las cuales explicitaré más adelante) que se apartan de manera más o menos consciente y/o más o menos marcada de estos presupuestos; sigo convencido de que este distanciamiento no se realiza casi nunca de manera completa, focalizando de manera clara el sentido de las cuestiones epistemológicas que están en juego y su vinculación con las cuestiones de la teoría del derecho. Con relación al tema de los juicios de valor, tal como trataré de mostrar en el siguiente capítulo, muchas de estas posiciones se quedan “a medio camino”: se muestran insatisfechas con la manera tradicional de enfrentar ciertos problemas ligados a la relación entre el conocimiento jurídico y su campo de experiencia y, sin embargo, no logran encontrar una salida viable, porque no disponen de una perspectiva epistemológica alternativa claramente delineada.

Podría parecer, para este fin, que la posición de Kelsen, tal como viene expresada en su obra más madura, la *Teoría pura del derecho*,²⁷⁹ representa en cambio un decidido intento por expresar una concepción alternativa a las orientadas hacia el realismo y al descriptivismo. Es de subrayar que en algunas páginas²⁸⁰ de ese tomo, Kelsen, en el intento de distinguir nítidamente las *normas jurídicas* como objeto de la ciencia jurídica, de las *proposiciones jurídicas* que constituyen el resultado teórico de la descripción llevada a cabo por la ciencia jurídica, afirma que ésta *produce el propio objeto* en la medida en que lo percibe como un todo inteligible.²⁸¹ En otros términos, Kelsen sostiene que

así como el caos de las percepciones sensoriales deviene cosmos [...] gracias al conocimiento científico que le introduce un orden, así la masa de las normas jurídicas generales e individuales, establecidas por los órdenes jurídicos, es decir, el material ofrecido a la norma jurídica, se vuelve un sistema unitario y coherente, esto

²⁷⁹ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, trad. it. de M. G. Losano Turín, Einaudi, 1975.

²⁸⁰ *Ibidem*, pp. 86-92.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 89.

es, un ordenamiento jurídico, gracias a la actividad cognoscitiva de la ciencia jurídica.²⁸²

Considerando estas afirmaciones, podría parecer que la concepción del conocimiento jurídico (y del conocimiento en general) de Kelsen se inclina decididamente hacia el constructivismo. Bajo un examen más atento, sin embargo, esta primera impresión se revela como infundada, por lo menos si por ‘constructivismo’ se entiende connotar la perspectiva elaborada en estas páginas. La cuestión amerita de alguna forma ser abordada con más profundidad. Para esto, nos valdremos de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los supuestos aspectos constructivistas del pensamiento de Kelsen están ligados, como lo dice él mismo,²⁸³ a la influencia del pensamiento de Kant, en la interpretación proporcionada por la escuela de Marburgo. A partir de este hecho podríamos argüir que las categorías utilizadas por Kelsen para dar cuenta de los objetos de competencia de la ciencia jurídica son categorías que, cuando menos en el interior del contexto al cual el mismo Kelsen se refiere (aquel representado por las organizaciones jurídicas de tipo occidental), se presentan como *a priori* y *necesarias*. Desde este punto de vista, por lo tanto, tales categorías no estarían distinguiendo un *posible esquema interpretativo* de campo de experiencia jurídico (cosa que en cambio sería reconocida en la versión del constructivismo que propongo), pero, por el contrario, terminarían expresando verdaderas y propias *condiciones esenciales de la juridicidad*, por medio de las que sería posible una descripción objetiva del *deber ser* del derecho. Por lo demás, el mismo Kelsen, refiriéndose a la ciencia jurídica, subraya de manera explícita la función *descriptiva*. Para Kelsen, la ciencia jurídica, justamente, “describe las normas jurídicas producidas mediante actos de comportamiento humano”.²⁸⁴

282 *Idem.*

283 *Idem.*

284 *Ibidem*, p. 87.

Tal como están las cosas, mi opinión es que Kelsen, en definitiva, expone de manera superficial una versión más bien *débil* del constructivismo, que no pone en cuestión la *objetividad fuerte* que caracteriza —según el descriptivismo— los discursos cognoscitivos, y que no admite, por lo menos así parece, el carácter *contingente* de las categorías teóricas, categorías que, como ya sabemos, se encuentran ligadas a los esquemas conceptuales a los que están incorporadas y al contexto cultural en que dichos esquemas están elaborados. El mismo Kelsen nos lo confirma más adelante, al identificar en la *verdad* el objetivo fundamental al cual deben aspirar las descripciones jurídicas.²⁸⁵ Para concluir este punto, tal parece que el tipo de *productividad* que el constructivismo de Kelsen está dispuesto a reconocerle a la ciencia jurídica se restringe a la realización del orden²⁸⁶ entre los materiales ofrecidos a la actividad cognoscitiva; pero no se atreve a interrogarse sobre la manera en que están constituidos los materiales que representan el punto de partida de su trabajo teórico.

Un segundo orden de observaciones críticas concierne no tanto al perfil auténticamente epistemológico, sino a la relación entre premisas epistemológicas y cuadro teórico. Para esto, es oportuno resaltar que las afirmaciones de carácter constructivista arriba mencionadas no producen, en el pensamiento de Kelsen, consecuencias relevantes en el plano teórico, como a mi entender debería ocurrir, a cambio, en una perspectiva constructivista desarrollada coherentemente. Justo en este sentido, ya he puesto de relieve anteriormente cómo de la adopción de una perspectiva constructivista se derivan toda una serie de implicaciones, *en negativo* y *en positivo*, para la teoría jurídica; ahora bien, en el caso de Kelsen, la posición —aunque sea en forma muy “edulcorada”— a favor del constructivismo acontece en un contexto

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 91.

²⁸⁶ No es casualidad que Kelsen, en la afirmación antes citada (*ibidem*, p. 89), hable explícitamente de la introducción del *orden*, y no de un *posible orden*, dando a entender que, en su opinión, haya un solo tipo de orden “correcto” que la ciencia jurídica está en condiciones de construir.

teórico que mantiene, por otro lado, muchos de los elementos que son característicos de la posición descriptivista.

Más allá del homenaje ritual concedido a las formulaciones neokantianas, no creo que la imagen del conocimiento jurídico proporcionada por Kelsen se aparte demasiado de las que se refieren al descriptivismo. No parece, por ejemplo, que para Kelsen el conocimiento jurídico contribuya de alguna manera a la existencia misma del objeto ‘derecho’, entendido éste en sentido específico, tal como lo configura el mismo Kelsen, como conjunto de fenómenos dotados de la propiedad de ser “normativos”. Por el contrario, estoy convencido, como mostraré en breve, de que una concepción constructivista coherentemente formulada debe reconocer que el conocimiento jurídico y, más en general, las prácticas de carácter interpretativo-aplicativo de las cuales el conocimiento es parte, proveen o proporcionan, en el ámbito del derecho, una contribución decisiva para los fines de la existencia misma de los objetos—normativos— con los cuales tienen que ver.

Alguien, a decir verdad, podría rebatir estas consideraciones al hacer notar cómo Kelsen reconoce una valencia productiva a un aspecto importante de estas prácticas jurídicas, y más precisamente a la *interpretación* en su perfil específico de *interpretación auténtica*; este tipo de interpretación, en definitiva, entraría para Kelsen en el proceso de producción del derecho. Está claro que si las cosas fueran así, entonces se podría asegurar un soporte mucho más sólido a una lectura constructivista de la teoría jurídica kelseniana.

Viéndolo bien, sin embargo, la reconstrucción arriba mencionada de este aspecto del pensamiento de Kelsen se revela infundada. La interpretación jurídica, es verdad, desempeña para Kelsen un papel muy importante en el interior del proceso de producción del derecho, justamente en cuanto “acompaña el proceso de la aplicación del derecho en el progresivo pasaje de un plano superior y un plano inferior”.²⁸⁷ Sin embargo, se trata precisamente del tipo de interpretación que, como he dicho antes,

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 381.

Kelsen califica como *auténtica*; y justo porque constituye un aspecto del proceso de producción del derecho de parte del órgano competente;²⁸⁸ está calificada por Kelsen como un *acto de voluntad*, y no ya como un *acto de conocimiento*.²⁸⁹ La interpretación *no auténtica* (en cuyo interior se coloca la *interpretación científica*), en cambio, no desempeña ningún papel productivo; ella, por otra parte, en su carácter cognoscitivo, se limita a determinar el esquema que encierra los posibles significados expresados por la norma a aplicar. Para Kelsen, en definitiva, la interpretación jurídica puede ser *productiva* solamente en la medida en que no tiene valencia cognoscitiva, y puede ser *cognoscitiva* sólo en la medida en que no tiene valencia productiva.

Por consiguiente, este tipo de distinción entre *interpretación como acto de voluntad e interpretación como acto de conocimiento* nos muestra muy bien cómo la teoría kelseniana está a merced de la *lógica de tipo dicotómico*, característica, como ya he observado (y como destacaré nuevamente en breve), de las concepciones jurídicas de carácter descriptivista. Para Kelsen, en esencia, para un cierto derecho positivo asumido como punto de referencia entre los enunciados de los juristas y de los teóricos con los que se expresan conocimientos (enunciados que expresan *asertos objetivos*) y entre aquellos con los que se expresan posturas y decisiones o incluso actividades de carácter creativo (enunciados que expresan juicios de carácter *subjetivo*), existen relaciones de oposición de carácter dicotómico. Esta lógica de tipo dicotómico se muestra claramente en la cuestión de la relación entre conocimiento jurídico y juicios de valor. A este respecto, dice expresamente Kelsen que “si bien la ciencia del derecho tiene por objeto normas jurídicas y, por lo tanto, los valores jurídicos que en ellas se fundamentan, sus proposiciones jurídicas, sin embargo, —así como las leyes naturales para las ciencias naturales— *describen* el propio objeto prescindiendo de cualquier valor”.²⁹⁰

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 382.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 386-388.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 98.

4. *La falsa oposición dicotómica entre concepciones jurídicas descriptivistas y concepciones jurídicas relativistas y convencionalistas.*

Es pertinente detenerse a hablar ulteriormente sobre las oposiciones dicotómicas mencionadas en el apartado anterior; oposiciones que han hecho suyas buena parte de las teorías iuspositivistas contemporáneas, junto a las premisas epistemológicas (de tipo realista) y semánticas (de tipo descriptivista) en las que éstas se inspiran. Ya hice ver en la introducción que estas teorías, incluso en sus versiones analíticas más recientes, al utilizar *estructuras categoriales de tipo dicotómico*, buscan reconstruir las prácticas discursivas de los juristas y de los operadores jurídicos. Asimismo, he resaltado que el objetivo de estas categorizaciones es identificar, en el ámbito de estos discursos, dos polaridades contrapuestas, dos modos radicalmente alternativos de relacionarse con un determinado “derecho positivo”. El resultado global del uso de estas categorías es una reconstrucción del universo de estos discursos jurídicos en torno a dos modalidades alternativas, en donde la primera se construye sirviéndose en la noción de ‘descripción’; la segunda, sobre un conjunto de nociones afines entre sí y consideradas como dicotómicamente contrapuestas a la primera, tales como la de ‘valoración’ o de ‘creación’ o también ‘decisión’, etcétera.

Lo que sobresale de este esquema bipolar es, por lo tanto, una rígida separación entre dos tipos distintos de discurso: por un lado aquellos considerados como de carácter *objetivo* (en el sentido fuerte de *objetividad* que ya he especificado), destinados en algún sentido a *representar* el —o *dar relevancia*— al derecho positivo en cuestión; por otro lado, todos aquellos discursos considerados de carácter *subjetivo* (en un sentido igualmente fuerte de *subjetividad*), dentro de los cuales ese mismo derecho ya no es objeto de descripción, sino que, por el contrario, representa el punto de referencia para los posicionamientos, decisiones y valoraciones, o bien constituye el resultado de intervenciones de tipo creativo, parciales o globales.

Hay un elemento común a todas las concepciones jurídicas que comparten esta lógica de tipo dicotómico, prescindiendo, desde luego, de recorridos teóricos, que una y otra vez se puedan privilegiar, mismos que pueden ser incluso muy distintos entre sí (piénsese, por ejemplo, en las diferencias teóricas que subsisten entre Kelsen y Ross). El elemento común está representado por una cierta idea de lo que significa para un discurso jurídico ser *objetivo*: para ser exactos esa idea, que combina elementos epistemológicos y elementos semánticos, según la cual un discurso jurídico es *objetivo* si refleja fielmente, por lo menos en algunos de sus enunciados, la realidad jurídica (como sea que esté configurada) “por lo que es”, es decir, por como esta realidad jurídica se encuentra constituida y organizada, independientemente de las categorías usadas para “describirla”.

Este tipo de presupuestos, lo reitero, permanecen compartidos, en el fondo, incluso con la transformación de las representaciones teóricas propuestas en su momento. Se puede tener de esta manera concepciones jurídicas que consideran que haya espacio, en este ámbito de experiencia, para actividades de *descripción objetiva*; tal es el caso, por ejemplo, de las teorías de la interpretación *formalistas*, que consideran que la tarea principal de la interpretación jurídica, en su significado *genuino*, sea la de constatar los significados preexistentes de las normas jurídicas (las normas jurídicas, desde este punto de vista, preexisten a la interpretación). Pero puede haber también concepciones jurídicas que consideren, en cambio, que no haya espacio para discursos de carácter objetivo; tal es el caso, por ejemplo, de las teorías de la interpretación *antiformalistas*, para las que la interpretación jurídica, entendida en su sentido más *genuino*, no es una actividad de “descubrimiento de significado”, sino, más bien, de “creación *ex novo* de significado”. Cabe subrayar, sin embargo, que también en este segundo caso la idea de *objetividad* siempre permanece, en el fondo: lo que se pone en entredicho, de hecho, no es la tesis según la cual no se pueden dar, en líneas generales, discursos de carácter objetivo, sino, más bien, que *estos tipos de*

discursos no pueden producirse en un campo de experiencia jurídico específico (e incluso en otros campos afines a éste).

Es oportuno añadir que en este tipo de posiciones (como ya hemos observado anteriormente), la categoría construida *en positivo* es a menudo la de *discurso objetivo*, es decir, aquella que determina las condiciones para que un discurso pueda ser calificado como tal. La categoría de los discursos que no se consideran legítimamente objetivos, y que por lo tanto contienen implicaciones subjetivistas, relativistas o incluso *convencionalistas* (me detendré en breve sobre el significado específico que atribuyo, en el ámbito de la epistemología jurídica, a la locución ‘convencionalismo’), se vuelve en la mayoría de los casos una categoría marginal, una suerte de “contenedor” en el cual verter todos los tipos de discursos que no satisfacen determinadas condiciones de objetividad, teniendo como resultado (a mi entender extremadamente insatisfactorio, como mostraré en el siguiente capítulo) el de calificar en términos unitarios y homogéneos, discursos (por ejemplo, aquellos que expresan preferencias ideológicas y valoraciones de carácter ético) que, en cambio, deberían recaer en categorías distintas.

Otro resultado frecuente de la aceptación de la contraposición dicotómicas entre *objetivo* y *subjetivo/relativo* es aquel (en el cual me he detenido, en el plano epistemológico general, en el apartado 5, sección III, del capítulo anterior) que concierne a quienes eligen recorridos teóricos marcados por la adhesión, en el ámbito jurídico, de tesis de carácter subjetivista o relativista; ahora bien, muy a menudo, en tales casos, estos resultados de carácter relativista o subjetivista se producen justamente por la convicción de que las premisas objetivistas *fuertes*, compartidas plenamente en el plano epistemológico y semántico general, no pueden encontrar aplicación en el ámbito jurídico. Quien escoge este recorrido tiende, en suma, tomando como base la lógica de tipo dicotómico que forma su esquema conceptual (para lo cual no puede existir una vía intermedia entre *objetivo* y *relativo*), para reconstruir en clave relativista o subjetivista —por lo menos—

una parte de las actividades llevadas a cabo por juristas y operadores jurídicos.

Regresando al ejemplo arriba citado, concerniente a la teoría de la interpretación jurídica, a menudo quien escoge una orientación de tipo antiformalista lo hace porque está convencido de que las premisas descriptivistas, apropiadas para otros campos (por ejemplo, en el de las ciencias naturales), no pueden encontrar aplicación en el ámbito de los discursos jurídicos; en ausencia de alternativas, por lo tanto, no queda más que privilegiar una orientación de tipo relativista. Con base en este acercamiento, desde el momento en que se considera que no hay manera de justificar objetivamente las elecciones de carácter interpretativo, con particular referencia a los “casos difíciles”, concluimos entonces que tales elecciones tienen siempre un carácter subjetivo y descansan, por tanto, sobre las opiniones personales de juristas y de jueces.

En este punto, sin embargo, me parece importante aclarar un poco más detalladamente en qué sentido he hablado aquí de las concepciones jurídicas relativistas como contrapuestas a las objetivistas.

Se puede, a mi parecer, hablar de concepciones jurídicas relativistas en dos sentidos distintos: el primero concierne a la manera de configurar el trabajo de los *juristas teóricos*; el segundo, al modo de configurar la actividad de los *juristas prácticos* y de los *operadores jurídicos*. Bajo el primer perfil, pueden ser examinadas concepciones relativistas, que sostienen que los juristas no pueden (por las razones más diversas que no viene al caso examinar aquí) producir conocimiento, en sentido propio del derecho positivo, porque sus discursos nunca son caracterizados como *discursos sobre derecho*, sino, más bien, como *discursos en el derecho*, y por lo tanto discursos que se colocan en el mismo plano del objeto, y esto porque lo manipulan, lo modifican, a veces lo crean *ex novo*, para objetivos que ciertamente no son de carácter cognoscitivo, sino, por el contrario, de carácter ideológico o bien político, y así sucesivamente. Además, también la

dicotomía entre *discurso sobre el derecho* y *discurso en el derecho*²⁹¹ se integra, con justa razón, en el grupo de las oposiciones dicotómicas antes mencionadas, y que son generadas por una visión descriptivista del conocimiento.

En el segundo punto de vista, el relativo a las reconstrucciones de la práctica jurídica, pueden ser consideradas como concepciones relativistas las que sostienen que el “trabajo sobre el derecho positivo” desarrollado por juristas prácticos y operadores jurídicos sea, en gran parte, una actividad de manipulación o de creación del derecho desvinculada de la referencia a los criterios de carácter objetivo. El discurso puede ser útilmente ejemplificado al hacer referencia a la interpretación judicial: y bien, las concepciones relativistas sostienen que los jueces, en todos los casos calificados como “difíciles”, no son capaces de llegar a resultados con carácter objetivo, y por lo tanto no pueden proporcionar *respuestas* —en algún sentido— *justas*. En estas situaciones, en realidad, los jueces ejercitarían una *discrecionalidad fuerte*, y

²⁹¹ Esta dicotomía es ensombrecida por Guastini cuando, al criticar la tesis según la cual la jurisprudencia es un metalenguaje que *describe* el lenguaje del derecho, afirma que muy a menudo los juristas hablan *no del* derecho, sino *en el* derecho, en cuanto se refieren directamente al lenguaje legislativo, enriqueciéndolo con nuevos enunciados normativos (Guastini, R., “Produzione di norme a mezzo di norme”, Gianformaggio, L. y Lecaldono, E. (coord.), *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 1986, pp. 175, 186 y 187). Dicho sea de paso, Guastini expresa, con gran claridad y lucidez, una concepción que constituye un ejemplo paradigmático de una aplicación coherente de los presupuestos descriptivistas en el ámbito jurídico. Para Guastini, para dar un ejemplo, la dogmática jurídica no puede ser una “verdadera ciencia” porque no describe su objeto, sino que lo transforma y lo manipula (*cf.* Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 214 y 215); y él, en otra parte, corrobora este punto, sustentando que los juristas no hacen *ciencia*, sino *política del derecho*, y esto porque no se limitan a conocer su objeto, sino que lo transforman (Guastini, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 227 y 228). En Guastini, en suma, toma forma de manera muy explícita y acabada la idea de que, siendo el conocimiento una actividad esencialmente descriptiva, cualquier actividad que contenga implicaciones constructivas respecto de los objetos de los cuales se ocupa no puede, por eso mismo, ser calificada como una actividad cognoscitiva.

por lo tanto resolverían las cuestiones interpretativas y aplicativas sobre el tapete, haciéndose guiar legítimamente, en ausencia de otros vínculos, por las propias convicciones éticas, políticas, ideológicas, etcétera.

Me parece oportuno, ahora, emplear algunas palabras más sobre las concepciones *convencionalistas*. A tales concepciones me he referido arriba brevemente, destacando cómo a menudo éstas son consideradas, en algún sentido, como alternativas a las objetivistas, y esto respaldado por la misma estructura dicotómica en la que se inspiran las otras contraposiciones examinadas en este apartado. Para esto no está de más aclarar que cuando hable aquí de *convencionalismo*, lo haga desde un punto de vista estrictamente epistemológico y, más precisamente, *metateórico*, prescindiendo por lo tanto de otro significado que dicha locución pueda tener —y que de hecho tiene— en el ámbito jurídico. Pienso, en particular, en el uso que se hace de esta locución en el ámbito de la teoría del derecho, con el objetivo de caracterizar un acercamiento que, justamente, mira al derecho como un cierto tipo de *convención*,²⁹² o, como en el caso de Dworkin, con el objetivo

²⁹² Desde este punto de vista, me parecen muy interesantes las propuestas teóricas de Lagerspetz, E., *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995; y de Postema, G. J., “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 165-203. Me parece importante señalar una tesis, en particular, con relación a la teoría convencionalista de Postema: se trata de la tesis que señala el centro de lo que me parece cada vez más el problema fundamental de la reflexión filosófica y teórica sobre el derecho, problema prejudicial respecto a todos los demás: el problema del *sentido de la normatividad*, es decir, el de la manera más adecuada de comprender de lo que estamos hablando cuando atribuimos al derecho la propiedad de la *normatividad*. Como he señalado en un trabajo anterior de mi autoría (*Conoscenza giuridica e concetto di diritto positive... , cit.*, cap. XI), la teoría jurídica, al enfrentar este problema, muy a menudo ha adoptado una actitud o una postura reduccionista, buscando explicar tal propiedad al recurrir, exclusiva y alternativamente, a la *dimensión normativa* (Kelsen) o a la *dimensión factual* (Ross); el mejor camino sería, en mi opinión, considerar las dos dimensiones como estrechamente entrelazadas, postulando una suerte de *relación conceptual* entre reglas y conductas. Para hacer esto, la teoría de Hart constituye ciertamente un punto de partida útil.

de denominar una de las dos concepciones jurídicas *interpretativas* que él examina críticamente, considerándolas como alternativas a las que él mismo propone (el *derecho como integridad*).²⁹³

Como ya he dicho antes, el uso que hago de la locución ‘convencionalismo’ es válido, en cambio, para destacar, en el ámbito jurídico, una determinada perspectiva metateórica, concebida como contrapuesta a la que surge de las visiones empiristas ingenuas, para las cuales las teorías son, en algún sentido, *derivadas* de los hechos. Esta perspectiva es compartida generalmente por la filosofía de las ciencias naturales y, más precisamente, por la concepción denominada como *received view on theories*,²⁹⁴ que es típica del neopositivismo sofisticado de los años cincuenta. Para esta concepción, las nociones que dan vida a una teoría no se extraen de los hechos, sino que son fruto de estipulaciones convencionales al interior de un *sistema axiomatizado*, sistema que es usado como modelo para la reconstrucción de las teorías científicas concretas. El significado de estas estipulaciones ya no depende de la conexión con los hechos, sino del lugar que ellas ocupan en el sistema; éstas, por lo tanto, para poder ser utilizadas como base para explicaciones y previsiones deben recibir una interpretación empírica “parcial” operada por las *reglas de correspondencia*.²⁹⁵

Pues bien, según Postema, la noción de convención, si es interpretada oportunamente, puede dar un paso adelante, más allá de Hart, para la comprensión de este problema; tal noción, de hecho, “when propely understood, successfully bridges the gap between social fact and genuine obligation-reconciling the two theses because a convention is both a social fact and a framework of reason for action” (*ibidem*, p. 166).

²⁹³ Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, pp. 114-150.

²⁹⁴ Probablemente, el primero en acuñar esta expresión fue Putnam, en el curso de una reconstrucción crítica de las concepciones metateóricas más recientes del neopositivismo (*cfr.*, Putnam, H., *Philosophical Papers*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 215).

²⁹⁵ Llevo a cabo un análisis crítico de estas posiciones, con amplias referencias bibliográficas, en mi *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, *cit.*, pp. 107, 108, 192 y 193.

Debido a esto, entonces, no creo que se pueda decir que el convencionalismo sea una posición relativista en el verdadero sentido del término. Para el convencionalismo, es verdad, el lenguaje teórico se construye de manera independiente de la relación con la base empírica y, por lo tanto, con criterios (de *coherencia lógica* con el resto del sistema, por ejemplo) diversos y menos rígidos que el de la verificación o falsificación; pero luego la relación con una base empírica “objetiva” es recuperada, aunque sea de manera parcial (y por lo tanto no para todas las nociones) por medio del uso de las reglas de correspondencia. El convencionalismo metateórico, en definitiva, busca tomar distancia del descriptivismo ingenuo propio de las concepciones empiristas. Este intento, sin embargo, por una parte (relativa a la interpretación empírica del cálculo lógico), *falla por defecto*, porque la base empírica está siempre de alguna forma configurada de modo neutral y objetivo; por otra parte (relativa a la postulación de las nociones teóricas) *falla por exceso*, porque la construcción del lenguaje teórico termina por prescindir de la relación con la experiencia, y éste es un punto, como veremos enseguida, sobre el que el constructivismo tiene una opinión radicalmente diferente.

Al final del apartado adelantaré algunas observaciones críticas sobre este tipo de convencionalismo. Por ahora quiero describir brevemente dos ejemplos del modo en el cual este último ha sido aplicado en el ámbito de las teorías jurídicas.

El primer ejemplo es tomado de un trabajo de Glanville Williams,²⁹⁶ y concierne, en particular, al perfil de trabajo del teórico del derecho, el cual consiste en formular definiciones de las nociones de las que es objeto de su trabajo. Williams, atendiendo específicamente la cuestión central de la definición de ‘derecho’, plantea una posición decididamente convencionalista. De hecho, él sostiene que “la palabra ‘derecho’ es solamente un símbolo para una idea... y esta idea puede variar según la persona que usa

²⁹⁶ Williams, G., “The Controversy Concerning the Word ‘Law’”, trad. it., en *Diritto e analisi del linguaggio*, Scarpelli, U. (coord.), Milán, Ed. de Comunità, 1976, pp. 43-72.

la palabra... cada uno tiene el derecho de usar por su cuenta las palabras en el significado que prefiere; no existe un significado intrínsecamente propio o impropio de una palabra”.²⁹⁷ Para Williams, en sustancia, cuestiones como la definición de ‘derecho’ son controversias de carácter conceptual y, como tales, son completamente distintas de las controversias científicas.²⁹⁸

El segundo ejemplo concierne a algunas tesis expresadas por Luigi Ferrajoli.

Al pensamiento de Ferrajoli me referiré reiteradamente en el transcurso de este volumen, porque lo considero de especial interés para mi trabajo. Lo que me parece más curioso, es que si bien me encuentro en sintonía con muchas cuestiones de su propuesta de teoría del derecho, no ocurre lo mismo con su propuesta de carácter epistemológico, que en cambio considero carente de fundamento, además de que no es idónea para sostener adecuadamente sus propuestas teóricas. De todas formas, me interesa de modo particular uno de los aspectos en los cuales se registra una mayor distancia respecto a mis posiciones, es decir, el relativo a su concepción metateórica. Ante todo, es importante precisar, además, que aquí el objeto de su exposición es bastante más amplio con respecto al ejemplo anterior, porque no atañe solamente al aspecto de la definición, sino al modo global de configurar el trabajo del teórico del derecho en su totalidad.

Ferrajoli expone de manera amplia y meticulosa su posición en muchos de sus escritos,²⁹⁹ pero es tal vez en *La semantica della teoria del diritto*³⁰⁰ donde el planteamiento convencionalista emerge de manera más clara y marcada. En este trabajo, Ferrajoli

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 46.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁹ Véase, por ejemplo, sus dos trabajos pioneros “Sulla possibilità di una scienza del diritto come una scienza rigorosa”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1963, pp. 320-363, y *Teoria assiomatica del diritto*, Milán, Giuffrè, 1970.

³⁰⁰ Ferrajoli, L., “La semantica della teoria del diritto”, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Scarpelli, U. (coord.), Milán, Ed. di Comunità, 1983, pp. 81-130.

expone brevemente el modelo general del lenguaje teórico en el cual se inspira, y lo aplica luego al lenguaje de la teoría jurídica. En el plano general, Ferrajoli pone en evidencia que el lenguaje teórico es un lenguaje elaborado artificialmente, carente de una referencia semántica dirigida a entidades observables, y por lo tanto utilizable en las formulaciones de conceptos y aserciones que, si bien pueden ser confirmadas en la medida en la que logren ordenar y explicar los resultados de la experiencia, no están directamente vinculados con ésta, y se encuentran desarrollados deductivamente según una sintaxis rigurosamente preestablecida.³⁰¹ Para Ferrajoli, este modelo es integralmente utilizable en el interior del lenguaje jurídico. En este sentido, las nociones de la teoría del derecho ('norma', 'ordenamiento', 'negocio', 'obligación', etcétera) se construyen por la vía de hipótesis y de abstracciones (por medio de definiciones estipuladas); por este motivo el lenguaje de la teoría jurídica es un lenguaje *convencional* enteramente construido por el teórico.³⁰²

Me parece oportuno aprovechar esta breve referencia al convencionalismo metateórico para proporcionar una valoración crítica (aunque muy sintética y aproximativa), hecha obviamente desde el punto de vista de la concepción constructivista. Sin duda, es verdad que el convencionalismo no es asimilable, por muchas razones, al relativismo epistemológico. El primero, sin embargo, viéndolo bien, se inspira en la misma lógica dicotómica de la que se nutre el segundo. El convencionalismo se ha colocado sistemáticamente en contraposición dicotómica con el descriptivismo y, más precisamente, con la concepción metateórica ingenuamente empirista (que comparte una teoría semántica de tipo descriptivista), al punto de representar, algunas veces, el resultado necesario del rechazo a aplicar, en algunos ámbitos disciplinarios o en la dimensión más abstracta del lenguaje teórico de la ciencia, las premisas descriptivistas. Son significativas, desde este punto de vista, las afirmaciones ya citadas de Williams: justo

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 105 y 106.

³⁰² *Ibidem*, pp. 106-108.

porque no existen significados “propios” y “naturales” de las palabras (como sugeriría el acercamiento semántico descriptivista), se deriva necesariamente la alternativa según la cual cada uno es “libre de usar las palabras como quiere”.

Bajo un perfil más general, la crítica que se puede dirigir al convencionalismo, desde un punto de vista constructivista, atañe a la neta demarcación que éste establece entre *cuestiones de carácter convencional* (de carácter semántico y conceptual) y *cuestiones de carácter factual* (que conciernen a las relaciones entre teorías y experiencia). Para criticar esta tesis, sin embargo, no es necesario referirse específicamente al constructivismo. En realidad, la heterogénea constelación de las orientaciones post-positivistas contemporáneas, a partir del trabajo seminal desarrollado por Quine, pone en cuestión este tipo de demarcaciones al expresar posiciones de carácter sustancialmente *holista* en forma más o menos marcada. Para este propósito se puede aludir a algunas conocidas afirmaciones de Quine, según las cuales “it is nonsense, and the root of much nonsense, to speak of a linguistic component and a factual component in the truth of any individual statement. Taken collectively, science has its double dependence upon language and experience”.³⁰³

Bajo un perfil ligado más directamente a la confrontación crítica con el constructivismo, vale la pena observar que la manera misma en la que he caracterizado en su conjunto esta perspectiva, en las páginas anteriores, permite distanciarla radicalmente de cualquier tipo de posición convencionalista. En particular, la manera en la que he presentado la teoría de los esquemas conceptuales vuelve muy evidente esta incompatibilidad. Baste recordar que los esquemas conceptuales proporcionan en su conjunto reconstrucciones selectivo-interpretativas de los campos de experiencia de los que se ocupan en su momento. Ahora bien, esta función del esquema concierne a todos sus elementos (conceptos, concepciones, teorías, etcétera); por ende, también los conceptos, y todos los elementos de carácter semántico, contribuyen a

³⁰³ Quine, W. V. O., *From a Logical Point of View*..., cit., p. 42.

realizarla, y entran, por lo tanto, en una relación —aunque sea de tipo “constructivo”— con la experiencia.

Es pertinente, ahora, mencionar algunas afirmaciones de John McDowell, que incluso careciendo de un contenido directamente reconducible al constructivismo impone a la vez la exigencia de encontrar una vía intermedia entre dos alternativas dicotómicas que él considera absolutamente insatisfactorias. Dos alternativas, nótese bien, que se asemejan mucho a lo que en este trabajo he denominado ‘objetivismo’ (o ‘descriptivismo’) y ‘relativismo’. La alternativa de la que habla McDowell se sitúa entre dos tesis: una según la cual las justificaciones de nuestros esfuerzos cognoscitivos se fundan en el denominado *myth of the given* (en el sentido de las “bare presences that are supposed to constitute the ultimate grounds of empirical judgments”); y la segunda, en donde tales justificaciones, en cambio, se otorgan a la “libertad” y a la “espontaneidad” de nuestro conocimiento racional.³⁰⁴ Aquí no es posible, naturalmente, dar cuenta, en esta breve discusión, del complejo y articulado discurso, filosóficamente muy denso, con el cual el autor trata de ofrecer una solución capaz de bloquear lo que él llama “oscilación entre *receptivity* y *spontaneity*”. Se puede observar aquí que para McDowell la solución pasa como quiera que sea por el reconocimiento fundamental de que la *experiencia está ya conceptualizada*. En palabras de McDowell, “in order to escape the oscillation, we need to recognize that experiences themselves are states or occurrences that inextricably combine receptivity and spontaneity”.³⁰⁵

Otra convincente crítica al convencionalismo, que parte esta vez del interior de la teoría jurídica, nos es ofrecida por Stavropoulos. Según este autor, si se mira, ya sea en general o con referencia al ámbito jurídico, al papel efectivo desempeñado en el conocimiento por las teorías y por los esquemas conceptuales, entonces no se puede pasar por alto que la teoría está siempre directamente comprometida a aclarar cuestiones de carácter sus-

³⁰⁴ McDowell, J., *Mind and World*, pp. 7-9.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 24.

tancial, para las cuales necesita examinar siempre una relación con la experiencia, pero cuyo análisis necesita también de una relación con la experiencia; debe explicar y justificar la no aplicación de un concepto, y lleva a cabo esta tarea mediante afirmaciones que dejan en claro cuáles propiedades selecciona el concepto y cómo la naturaleza de esas propiedades determina las aplicaciones subsecuentes.³⁰⁶

5. *Consecuencias teóricas de la adopción del descriptivismo en el ámbito jurídico. El ejemplo de Ferrajoli*

He dicho anteriormente que los mismos presupuestos epistemológicos y semánticos descriptivistas pueden combinarse con orientaciones de teoría del derecho, incluso muy diversas entre sí. Ha llegado el momento, ahora, de aclarar más este punto, probando distinguir entre *tres diversos tipos de casos*.

En una primera serie de casos, la adopción, en un plano epistemológico y semántico general, de una perspectiva descriptivista, conduce *directamente* a una teoría del derecho y a una reconstrucción de las prácticas jurídicas que son perfectamente homogéneas con respecto —cuando menos en gran medida— a la opción epistemológica “de fondo”. *En una segunda serie de casos*, la adopción de una perspectiva descriptivista produce, al mismo tiempo, dos tipos de efectos: I) funge como soporte, en el plano de la reconstrucción de las actividades de los juristas y de los operadores jurídicos, a una visión decididamente escéptica o relativista de tales actividades, las cuales se etiquetan como pertenecientes a universos del discurso distintos de aquel del conocimiento (por ejemplo, el universo de la *política del derecho*, o bien aquel de las actividades *creativas* de nuevo derecho); II) constituye el punto de referencia, en el plano de la *metodología rígidamente prescriptiva*, por el intento de orientar las praxis de aquellos sujetos en una dirección acorde al modelo epistemológi-

³⁰⁶ Stavropoulos, N, *Objectivity in Law, cit.*, p. 15.

co elegido. *En una tercera serie de casos*, la adopción de la perspectiva descriptivista produce una decidida reacción de rechazo al interior de la teoría jurídica, lo que contribuye a determinar reconstrucciones del trabajo de los juristas y de los operadores jurídicos que van en sentido completamente opuesto respecto a las premisas aceptadas en el plano epistemológico o semántico general. La diferencia entre la tercera y la segunda serie de casos estriba en el hecho de que en la tercera se deja de lado sustancialmente el intento revisionista de dar vida a una metodología prescriptiva capaz de reorientar las praxis de los juristas y de los operadores jurídicos.

Examinaré ahora los tres tipos de casos con la ayuda de algunos ejemplos. Al presentar estos ejemplos dedicaré mucho más espacio a las tesis de Ferrajoli, cuya discusión me permitirá desarrollar algunas observaciones de la manera más apropiada de entender la idea de *objetividad* en el ámbito jurídico, como alternativa a la interpretación, aún prevaleciente, que vincula la *objetividad* a la *correspondencia con los hechos*.

Como ya he expresado, la primera serie de casos comprende las posiciones de aquellos que utilizan directamente elementos extraídos de un cuadro epistemológico de tipo realista y de una concepción semántica descriptivista para construir una teoría del derecho esencialmente homogénea para dichos presupuestos. Un buen ejemplo de este tipo de planteamiento es el formulado por Ferrajoli. Al explicar la posición de Ferrajoli, me basaré casi exclusivamente en su reciente y célebre libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*,³⁰⁷ que contiene sus posturas sobre la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho —referidas a la actividad del juez penal— en su forma más actualizada y acabada, y dotadas también de referencias a las premisas epistemológicas y metodológicas.

Naturalmente, me interesa resaltar solamente aquellos aspectos de la tesis de Ferrajoli que son directamente relevantes para el

³⁰⁷ Roma-Bari, Laterza, 1989.

tema que estoy discutiendo.³⁰⁸ Ahora bien, en su libro, Ferrajoli establece una especie de *relación necesaria* entre *el garantismo*, considerado como el mejor *modelo de justicia penal*, y una epistemología de corte empirista/convencionalista,³⁰⁹ que asume la idea de *verdad como correspondencia* (en la versión tarskiana) como modelo ideal incluso en el ámbito de la interpretación y de la aplicación del derecho. Tal idea, en ámbito jurídico, es redefinida como *verdad procesal* en sus dos aspectos: de la *verdad jurídica* (que concierne a la relación de correspondencia entre el contenido semántico de las normas y el de las proposiciones interpretativas que lo describen), y de la *verdad factual* (que concierne a la relación de correspondencia entre dichas circunstancias concretas y las proposiciones factuales que la describen). Evidentemente, la verdad procesal es, para Ferrajoli, solamente un ideal-límite que se trata de alcanzar siempre por vía de la aproximación, a través de *procedimientos concretos de verificación* adoptados por los operadores. Dichos procedimientos están constituidos, respectivamente, por la interpretación del significado del enunciado jurídico en cuestión y por la verificación, por vía aprobatoria, de la situación de hecho que es objeto de calificación, en sus diversos componentes (relativos al acontecimiento del hecho y a su imputación a un sujeto determinado).³¹⁰

Como he dicho, en el modelo de Ferrajoli la verdad procesal nunca se alcanza de manera acabada; por lo demás, aun en el caso de ser alcanzada, no se podría estar seguros de poseerla verdaderamente (elemento fundamental éste, nótese bien, para una concepción epistemológica realista). Lo que concretamente se puede hacer es poner en acción procedimientos de verificación (jurídica y factual), siempre parciales y provisorios. Ferrajoli está

³⁰⁸ Al examinar estas tesis de Ferrajoli utilizaré ampliamente material extraído de mi ensayo “Garantismo e verificazionismo, validità e vigore”, Gianformaggio, L. (coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 171-187.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 10, 20, 81, 82, 150, 159, 160 y 626.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

perfectamente consciente de esto; sin embargo, sostiene, lo más claramente posible, que la falta de criterios objetivos para afirmar que una determinada tesis judicial es *verdadera* no debe llevarnos a la conclusión de que el concepto de verdad procesal es inservible. Él afirma, a ese efecto, que tal concepto “no puede ser removido, salvo explícitas opciones para modelos penales meramente decisionistas”.³¹¹ Incidentalmente, se asoma aquí la misma lógica dicotómica, de impronta descriptivista, cuya única alternativa posible —para él inaceptable— en el ámbito jurídico, en una actividad cognoscitiva configurada como *descripción*, es una actividad de carácter ciertamente no cognoscitivo, rodeada por una constelación de decisiones y de valoraciones.

Sobre este punto, de todas formas, regresaré en seguida; mientras tanto, quisiera hacer algunas observaciones críticas de carácter más general sobre este planteamiento de Ferrajoli. He dicho antes que Ferrajoli establece una relación necesaria entre garantismo penal y epistemología verificacionista (orientada a la verdad), cuyo fin es alcanzar el garantismo adoptando los procedimientos de tipo verificacionista ya citados. Ferrajoli, sin embargo, ante el problema de explicar por cuál motivo son necesarias esas relaciones y, por ende, por cuál razón al dejar irresuelto el fin (el cual en mi opinión, se puede compartir, por lo menos en términos generales), sea precisamente ese instrumento epistemológico el único que se deba adoptar. Él (y no sólo en el texto que aquí estoy examinando) parece titubear entre dos caminos muy distintos: I) aquel que tiende hacia una especie de *monismo epistemológico*, según el cual la epistemología verificacionista sería la *mejor perspectiva desde el punto de vista de la teoría del conocimiento*, y, como tal, sería sin duda aplicada en ausencia de contraindicaciones, incluso en el ámbito de la experiencia jurídica;³¹² II) y la que tiende hacia un pronunciado *pluralismo*

³¹¹ *Ibidem*, p. 20.

³¹² En esta dirección se mueven sus consideraciones relativas a la superioridad de una epistemología centrada en la noción de ‘verdad como correspondencia’ frente a otras epistemologías (*ibidem*, pp. 20-24).

epistemológico (en realidad, la locución que él usa es ‘epistemología liberal’),³¹³ según la cual la epistemología verificacionista sería la *mejor perspectiva referida al contexto específico de la metodología jurídica*, justo porque permitiría justificar praxis judiciales que estarían vinculadas a un criterio de verdad.

Como se puede ver, se trata de dos modelos profundamente diferentes, que postulan dos visiones diversas del conocimiento (jurídico) científico y que no pueden ser aceptados de forma acumulativa. En todo caso, en ambas estrategias de justificación, si se valoran desde el punto de vista de la concepción constructivista aquí adoptada, aparecen claramente inadecuadas. La primera es inadecuada porque deriva de una imagen de conocimiento (de impronta descriptivista), que es alternativa a mi propuesta, y que ya he valorado como totalmente carente de plausibilidad; la segunda es inapropiada, porque, entre otras cosas, presupone una noción no lo suficientemente clara y articulada de *pluralismo epistemológico*.

Sobre la alternativa entre descriptivismo y constructivismo me he explayado en la primera parte del trabajo; considero que es más provechoso llevar a cabo algunas observaciones críticas a la segunda estrategia y, contextualmente, plantear más de una duda sobre el *carácter de necesidad* de la relación entre *garantismo* y *verificacionismo*.

Antes que nada, sin embargo, me parece importante manifestar mi más profundo consenso sobre dos aspectos centrales de lo que son, para Ferrajoli, las implicaciones epistemológicas del modelo garantista.

El primer aspecto es de carácter *metacognoscitivo*, y concierne a la tesis según la cual al término ‘garantismo’, en tanto predicado o atributo de locuciones como ‘estado de derecho’, ‘proceso penal’, ‘interpretación jurídica’, etcétera, se le puede dar, entre

³¹³ Ferrajoli usa esta locución, por ejemplo, en su “La formazione e l’uso dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica e nell’applicazione della legge”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XV, 2, 1985, pp. 406 y 422.

otras cosas, una *connotación teórica*. No es casual que el título del libro de Ferrajoli al que hago referencia ahora sea *Teoría del garantismo penal*: la idea que se quiere transmitir, desde el principio, es que las asunciones que contribuyen a determinar el contenido semántico de dicha noción se pueden defender muy bien con argumentos teóricos (que por lo tanto son, en algún sentido, intersubjetivamente controlables), y no son dejados a merced de posturas ideológicas y de elecciones de valor subjetivas e incuestionables.

El segundo aspecto es de carácter *cognoscitivo*, y atañe al nexo que Ferrajoli establece entre conocimiento y garantismo. Según Ferrajoli, un sistema penal y, más en general, un orden institucional, puede decirse *garantista* solamente en la medida en la que es posible identificar, en su interior, la presencia de elementos consistentes de carácter cognoscitivo en las actividades *sobre* el derecho (yo preferiría decir *en el* derecho) desempeñadas por los jueces y juristas (por lo menos en el sentido de actividad cuyo objetivo principal sea el de *dar cuenta* de algo —el derecho positivo— que, al menos de manera parcial, preexiste a la actividad interpretativa y aplicativa).

Es oportuno regresar, ahora, a las observaciones críticas sobre la manera en que Ferrajoli entiende la relación entre garantismo y verificacionismo.

Una primera observación crítica concierne al modo, de ninguna manera clara, como Ferrajoli usa la locución ‘epistemología liberal’. Es cierto, de alguna forma, que también a la concepción constructivista se le consideraría como un ejemplo de epistemología liberal. En todo caso, se impone una consideración crítica por sobre todas: adherirse a la que él llama *epistemología liberal* no significa en absoluto estar dispuestos a sostener (cosa que, me parece, a veces él hace) que los principios y las nociones epistemológicas (por ejemplo, el principio de verificación y la noción de verdad) pueden ser integralmente modelados y modificados a gusto, dependiendo de las características del campo de experiencia con las que tenemos que ver. En realidad, como ya se ha po-

dido observar otras veces,³¹⁴ el plano epistemológico es aquel al que pertenecen las asunciones comunes de carácter general sobre el conocimiento, que contribuyen a configurar una cierta imagen (por ejemplo, la imagen neopositivista, la imagen constructivista, y así sucesivamente) que se aplican indistintamente a todos los campos en donde se produce el conocimiento mismo. Las transformaciones, si acaso, pueden verificarse en el plano del método (y por lo tanto tener un efecto retroactivo en el metodológico), es decir, en el nivel de los criterios específicos y técnicas cognitivas adoptadas en un determinado ámbito disciplinario, para tratar (ciertamente, siempre en clave constructiva), en las mejores condiciones posibles, con los objetos que forman parte de este ámbito. Es por esto que, en mi opinión, se necesita hablar de *liberalismo (o pluralismo) metodológico*, y no ya de *liberalismo epistemológico*.³¹⁵

Una segunda observación crítica tiende a poner en evidencia que, como ya he resaltado arriba, Ferrajoli no ofrece argumentos suficientes para mostrar que la relación entre garantismo y verificacionismo sea una relación necesaria. Hacer esto requeriría examinar seriamente las alternativas epistemológicas potencialmente utilizables (entre las cuales, en primer plano, estaría la perspectiva constructivista), ya sea desde el punto de vista de su fiabilidad como teorías generales del conocimiento, o del de su fecundidad como modelos de referencia para la teoría jurídica. Él, en cambio, se limita a delinear, de manera más bien apodíctica, una distinción dicotómica entre los *métodos judiciales de tipo cognitivo* (en hecho) y *recognitivo* (en derecho), que tienden a perseguir a la *verdad como correspondencia*, aunque sea como ideal-límite; y los *métodos judiciales potestativos y discrecionales*, aquellos “sin verdad”, que contribuyen a determinar un

³¹⁴ Cfr., por ejemplo, mi “Legal Science Between Natural and Human Sciences”, *Legal Studies*, 4, 1984, pp. 243-245.

³¹⁵ Para la noción de ‘pluralismo metodológico’, véase mi *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, cit., pp. 24-45.

juicio penal que, en palabras de Ferrajoli, “no [está] motivado por juicios de hecho, es decir por aserciones verificables o falsificables, sino por juicios de valor, ni verificables ni falsificables, ya que por su naturaleza no son verdaderos ni falsos”.³¹⁶ De la adopción de estos métodos procedería entonces un modelo alternativo de juicio, que él califica como *decisionista*.³¹⁷

En definitiva, según Ferrajoli, desde un punto de vista más general, parece válida la tesis, ya más de una vez criticada, según la cual donde hay conocimiento *genuino* no hay decisiones y valoraciones, y viceversa. Todos los métodos judiciales, de algún modo contaminados por la presencia de decisiones potestativas y de valoraciones, son de alguna forma devueltos a la esfera de una metodología de corte decisionista. Es oportuno ratificar una vez más, para tal propósito, que Ferrajoli acepta aquí hasta el final aquella lógica dicotómica para la cual el conocimiento es esencialmente *descripción*, y todas las otras actividades que comportan juicios de valor y decisiones pertenecen a la esfera de lo *subjetivo*, es decir, de lo *relativo*.

Decía antes que Ferrajoli no toma con seriedad las alternativas epistemológicas disponibles ni problematiza de manera adecuada las asunciones “de fondo”, de carácter realista y descriptivista, sobre las que descansa su perspectiva. La idea central de la que parte es que hay un nexo inseparable, en el ámbito de las prácticas jurídicas, entre *objetividad* y *correspondencia* (jurídica y factual), con base en el cual el objetivo tendencial es alcanzar la *verdad como correspondencia*, como única garantía de un *estándar* aceptable de objetividad en los discursos jurídicos. Precisamente en la relación entre objetividad y correspondencia, en sede de teoría del derecho, quiero centrar más mi atención.

³¹⁶ Ferrajoli, L., *Diritto e ragione...*, cit., p. 16.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

II. RAZONAMIENTO JURÍDICO Y OBJETIVIDAD: UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVISTA

1. *Una alternativa a la objetividad como “correspondencia” en la teoría del razonamiento jurídico*

Ferrajoli, como ya he mencionado, está convencido de que el abandono de la idea de *verdad como correspondencia* implica necesariamente, en el ámbito de las prácticas jurídicas, la renuncia a cualquier forma de objetividad y la caída en el decisionismo.³¹⁸ Trataré de mostrar, en este apartado, cómo las cosas de ninguna manera son así, asumiendo por el momento, como objeto de análisis, el mismo al cual hace referencia Ferrajoli, es decir, la interpretación y aplicación del derecho por parte del juez, aunque, en realidad, mi discurso puede muy bien aplicarse a todo el amplio espectro de las actividades interpretativas puestas en acción por jueces y juristas.

Inicia aquí una digresión sobre el razonamiento jurídico, que tendrá relación con los próximos tres apartados. Las tesis de Ferrajoli serán mi punto de partida para examinar críticamente otras teorías de razonamiento jurídico (de la definición de esta última noción me ocuparé en el próximo apartado) y para exponer algunas ideas sobre la manera en la cual es posible reconsiderar el razonamiento jurídico desde una perspectiva constructivista. Aunque el ámbito no sea el más adecuado (estamos hablando de las relaciones entre descriptivismo y teoría del derecho), este *excursus* se impone, incluso para comprender mejor el sentido de mi crítica a algunas concepciones tradicionales del razonamiento jurídico.

Regresemos ahora a las tesis de Ferrajoli. Al contrario de lo que él piensa, estoy convencido de que la alternativa que hay que establecer no está entre *verdad* y *arbitrio potestativo*, sino, al contrario, entre un criterio demasiado *fuerte* como el de la verdad,

³¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

que requiere condiciones epistemológicas absolutamente irrealizables (la pretendida *correspondencia* entre lenguaje y realidad jurídica postulada por el *objetivismo metafísico*), y que por lo tanto resulta inservible como guía para la actividad interpretativa y aplicativa del juez; y una pluralidad de criterios, epistemológicamente más confiables, que son ciertamente más *débiles*, pero que no por ello son incapaces de garantizar una *valencia objetiva* para la actividad judicial (siempre que la objetividad no esté entendida como *correspondencia con los hechos*).

Aquí se confrontan, de manera muy evidente, tanto en el ámbito jurídico como en el aquel más general de la teoría del conocimiento, dos concepciones distintas de objetividad a las que ya me he referido (véase el capítulo I, sección 4, apartado 3). La primera, sostenida entre otros por Ferrajoli,³¹⁹ considera que la objetividad está inseparablemente vinculada a la correspondencia con la “realidad jurídica” (de cualquier tipo de realidad jurídica que se hable), por lo cual un discurso jurídico es *objetivo* si se propone, cuando menos tendencialmente, *describir la realidad jurídica* (tanto semántica como factual); se trata de la objetividad que oportunamente ya he calificado como *objetividad fuerte o metafísica*. La segunda, de la cual soy partidario en este trabajo, calificándola como *objetividad débil o epistémica*, plantea que la idea de *objetividad* desempeña un papel muy importante en el interior de los discursos y de las prácticas jurídicas (tal como la

³¹⁹ Naturalmente, se podrían dar otros ejemplos de la manera con la cual, en el ámbito de la teoría del derecho, se conjuga la idea de *objetividad* con aquella de la *verdad como correspondencia*. He elegido como ejemplo el pensamiento de Ferrajoli, porque en su planteamiento esta unión se revela particularmente fecunda, además cargada de implicaciones muy relevantes para la teoría y la práctica jurídicas. Otro ejemplo bastante significativo lo constituyen la tesis de I. Niiniluoto (cfr. “Truth and Legal Norms”, *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, editado por MacCormick, N., Panou, S. y Lombardi Vallauri, L., Beiheft, ARSP, 1985, pp. 168-190). Sobre estos problemas véase también el ensayo de Pino, G., “Coerenza e verità nell’argomentazione giuridica. Alcune riflessioni”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1998, pp. 84-126.

tiene en el conocimiento general), siempre que se le considere como totalmente desvinculada de la idea de *correspondencia*.

Es oportuno ahora volver a y examinar esta segunda concepción de la objetividad, prestando esta vez más atención a los problemas de teoría de derecho, vista esta última bajo el perfil específico de la *teoría del razonamiento jurídico*. Ya he resaltado en el transcurso del trabajo³²⁰ cómo, en el ámbito de la epistemología contemporánea, no solamente el constructivismo, sino todo el extenso panorama de las concepciones postpositivistas, trate justamente de desvincular la *objetividad* de la *correspondencia*, buscando una —provechosa— vía intermedia entre una objetividad entendida en sentido demasiado *fuerte* y un *relativismo* entendido en negativo, como rechazo a la —o mejor, a cualquier forma de— objetividad.

No quiero repetir nuevamente los discursos hechos aquí. Me limito a reiterar que los postpositivistas sostienen no sólo que tal identificación sea fruto de un lamentable mal entendido,³²¹ sino también que, bajo un examen más atento, el rechazo de la *objetividad como correspondencia* no implica de ninguna manera caída en el *subjetivismo*; se trata más bien de adherirse a una concepción diversa, más *débil* de la objetividad; por ejemplo, aquella con base en la cual es *objetivo* un discurso que satisface *estándares* públicos, intersubjetivos, de justificación de sus pretensiones cognoscitivas.³²² Se trata, sustancialmente, de un tipo de objetividad muy similar al que he calificado como *epistémica* (véase también el capítulo I, sección IV, apartado 7), al poner en evidencia cómo éste se caracteriza por una serie de vínculos, algunos de los cuales son de carácter general (y que luego se con-

³²⁰ Véase al respecto cap. I, sección, III, apartado 5, y el cap. II, sección III, apartado 5, y sección IV, apartados 7, 8 y 9).

³²¹ Esto es lo que sostiene, por ejemplo, Ellis, B., *What Science Aims to Do...*, *cit.*, p. 53.

³²² Esta concepción es expresada de manera persuasiva, por ejemplo, por Phillips, D. L., *Wittgenstein and the Scientific Knowledge*, trad. it., Bolonia, Il Mulino, 1981, p. 305.

cretizan de distintas maneras en relación con los varios contextos de aplicación), y otros están ligados al ámbito disciplinario de referencia específico.

Uno de los aspectos más interesantes de esta configuración de la objetividad es que ésta alude muy marcadamente a lo que hoy sostienen, de manera en absoluto independiente, muchos teóricos del derecho contemporáneo, en el intento de defender justamente la objetividad del razonamiento jurídico, incluso en los casos (los “casos difíciles”) donde la justificación de una cierta pretensión interpretativa acontece en presencia de otras pretensiones, igualmente equipadas con adecuados apoyos argumentativos. No es gratuito, para este contexto, que un estudioso como Toulmin identifique cómo la objetividad que se requiere en la ciencia no es para nada distinta de la requerida en otros *fields of judgment*; por ejemplo, en el judicial. El hecho es, continúa Toulmin, que lo que le interesa a la ciencia no es tanto constatar la *verdad empírica* de las teorías, sino valorar el ámbito de extensión de los *puntos de vista interpretativos disponibles* y, por ende, cómo tratar ciertos fenómenos a la luz del esquema aceptado;³²³ en sustancia, nada muy distante, como se puede ver, de lo que sucede en la actividad judicial.³²⁴

Por otro lado, como ya he resaltado arriba, en el ámbito de teorías del razonamiento jurídico no faltan hoy esfuerzos para hacer aflorar una concepción débil (algunos prefieren llamarla *modesta*)³²⁵

³²³ Toulmin, S., *The Construal of Reality...*, cit., pp. 112 y 113.

³²⁴ En un trabajo anterior de mi autoría (*Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, cit., cap. V), he explorado las analogías recíprocas entre el método científico y las actividades de interpretación y de aplicación del derecho, observando cómo hoy, en el ambiente metacientífico postpositivista, no es raro encontrar casos en los cuales estudiosos del método de las ciencias naturales creen útil mirar a la actividad judicial como un modelo explicativo. Hoy, a la distancia, me parece que mi tesis ha sido confirmada una vez más por los más recientes avances de la epistemología contemporánea (por ejemplo, por los avances en las teorías constructivistas).

³²⁵ He destacado anteriormente (en la nota 230) cómo esta denominación es obra de Coleman. Esta misma noción, por otro lado, está contextualmente

de objetividad; esfuerzos que, nótese bien, de las implicaciones epistemológicas y semánticas generales que el análisis de tales cuestiones trae necesariamente consigo, se llevan a cabo con una mayor conciencia que en el pasado. Vale la pena proporcionar ejemplos concretos que ilustren algunos de los intentos más significativos efectuados en esta dirección.

Coleman y Leiter, en el ámbito de un discurso en el que también se examinan los vínculos y los criterios que reglamentan la actividad judicial (vínculos y criterios de los cuales depende la eventual atribución a dicha práctica de los caracteres de *objetividad* y/o *determinación*), elaboran justamente una noción *modesta* de objetividad. Dicho en términos muy esquemáticos, los autores están convencidos de que este orden institucional de tipo liberal (orden del que son partidarios y que, en el fondo, tiene muchos puntos en común con el modelo garantista del cual Ferrajoli es un firme defensor) no necesita asentarse en el ideal de la *determinación* (en sus diversas y complejas modalidades en el que puede configurarse, de los que aquí no se hablará), con base en el cual la práctica judicial debería esforzarse de producir (incluso en los casos difíciles) resultados unívocos; esto es, respuestas correctas o, en palabras de Coleman y Leiter, *uniquely warranted outcomes*;³²⁶ pero necesita, en cambio, cimentarse sobre el ideal de la *objetividad*, con tal que dicha noción carezca del fundamento realista que generalmente le acompaña, tanto en el sentido de *realismo metafísico* como en el de *realismo semántico* (locución que prefiero a la de ‘descriptivismo’).³²⁷

Como se puede ver, el discurso de los dos autores sobre el tipo de objetividad posible en el ámbito del razonamiento jurídico parte correctamente del reconocimiento de los presupuestos

desarrollada, más o menos en el mismo periodo, por este autor, esta vez junto a Leiter (*cfr.* Coleman, J. L. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, *Law and Interpretation Essays in Legal Philosophy*, editado por Marmor, A., Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 263 y 264).

³²⁶ *Ibidem*, p. 241.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 248-252.

epistemológicos y semánticos generales de la noción en cuestión, y son, viéndolo bien, presupuestos alternativos a aquellos de los que parte Ferrajoli. De hecho, según Coleman y Leiter, una concepción de la objetividad carente de su anclaje realístico es una concepción *antirrealista* (término, a decir verdad, algo infeliz);³²⁸ una concepción que, para ser exacto, se coloca en una especie de “vía intermedia” entre el *subjetivismo* (“lo que es correcto” equivale a “lo que parece correcto”, en un determinado momento, para los sujetos cognoscentes asumidos como punto de referencia) y el *strong objectivism* (“lo que parece correcto” no determina nunca “lo que es correcto”).³²⁹ Se trata justamente de la *modest objectivity*, con base en la cual “what seems right under ideal epistemic conditions determines what is right”.³³⁰

Nótese que una noción de objetividad con esta configuración parte propiamente de las mismas exigencias que habían motivado mi análisis de la objetividad que, desarrollado en la primera parte, buscaba también una “vía intermedia”. La noción elaborada por los dos autores, de hecho, se aleja considerablemente de la de *relativismo fuerte*, porque no deja que “lo que es correcto” dependa de “lo que parece correcto” a la mayoría de los miem-

³²⁸ Coleman y Leiter insisten, desafortunadamente, sobre la dicotomía entre realismo y antirrealismo, con base en la cual cualquier oposición al realismo debería ser calificada como una forma de antirrealismo. He mostrado en la primera parte de mi trabajo, al exponer los lineamientos de la concepción constructivista, cómo las cosas de ninguna manera son así. Pero de todas formas hay que notar que Coleman en otro trabajo, ya citado, lleva a cabo críticas análogas (a las elaboradas en el ensayo que estoy ahora discutiendo) a la noción fuerte de objetividad (y a sus presupuestos epistemológicos realistas), vinculándolas, sin embargo, esta vez, a una concepción del conocimiento que asume características acentuadamente constructivistas. Él de hecho dice en el curso de su crítica al *realismo metafísico*, que “meaningful sentence presuppose differentiation and differentiation requires the concept of an object. The problem is that the concept of an object depends on philosophical theories we have of what objects are” (Coleman, J. L., *Truth and Objectivity in Law, cit.*, pp. 41 y 42).

³²⁹ Coleman, J. L. y Leiter, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority, cit.*, pp. 252 y 253.

³³⁰ *Ibidem*, p. 263.

bros de la comunidad de referencia (esta última sería, para los dos autores, la *minimal objectivity*);³³¹ pero también se distancia considerablemente de la noción de *objetivismo fuerte*, porque la *modest objectivity* rechaza el realismo metafísico, en tanto que “as a metaphysical theory, it makes the existence and character of facts of various kinds dependent on us, but not on our actual or existing beliefs and evidence”.³³²

Habrá que ver ahora cómo los dos estudiosos aplican esta noción de objetividad, con sus marcos epistemológicos y semánticos, al campo de las prácticas jurídicas. Aquí se necesita, en otros términos, pasar del concepto general de objetividad a la concepción más adecuada para la teoría del razonamiento jurídico. Desde este punto de vista, para los dos autores, una práctica interpretativa puede —por ejemplo— calificarse como *objetiva* si el contenido de significado de las reglas objeto de interpretación no está fijado ni por las prácticas convergentes de los sujetos-jueces que participan en tal actividad (sería una posición relativista que impediría la posibilidad de explicar los *errores interpretativos*) ni por lo que el derecho significa independientemente de sus creencias semánticas (sería un objetivismo insostenible de tipo *platónico*), pero por esa especie de convergencia semántica que se verificaría en el caso de que los jueces en cuestión trabajasen en *condiciones epistémicas ideales*. Son justo estas últimas las que aseguran al razonamiento jurídico la medida de objetividad que necesita en todo el espectro de actividad en el cual éste se articula. Con relación a la actividad de calificación jurídica de los hechos, por ejemplo, los dos autores afirman que los hechos en cuestión “are modestly objective when what is a legal fact is what judges under ideal epistemic conceptions would take that fact to be”.³³³

El análisis desarrollado por los dos autores no siempre es lo suficientemente claro; en particular, no está claro cuál es la re-

³³¹ *Ibidem*, p. 253.

³³² *Ibidem*, p. 264.

³³³ *Ibidem*, p. 271.

lación entre específicas condiciones epistémicas ideales de los discursos jurídicos y las de carácter más general, que conciernen a todos los tipos de discursos de carácter cognoscitivo. En esta sede no me parece necesario compartir en los detalles la posición expresada por los dos autores; me basta mostrar cómo es posible elaborar, en el ámbito jurídico, concepciones de objetividad más adecuadas y epistemológicamente más confiables que las expresadas por Ferrajoli. También para estos dos estudiosos parece que entre estas condiciones epistémicas existen algunas que tienen una valencia general y otras que valen sólo para el razonamiento jurídico; entre estas últimas se puede añadir que hay seguramente otras que, al interior de nuestras organizaciones, se establecen por previsiones normativas específicas (piénsese en las que limitan la búsqueda factual de las pruebas por parte de los jueces). Coleman y Leiter mencionan de todas maneras algunas de estas condiciones epistémicas ideales, y más precisamente las que conciernen para los jueces al “dominio de una información jurídica y factual plena”, “el estricto cumplimiento de las reglas de la lógica”, el “respeto del principio de imparcialidad”, etcétera.³³⁴

2. Razonamiento jurídico y razonamiento práctico

El discurso sobre las condiciones epistémicas ideales refleja, de un modo bastante evidente, el papel desempeñado por el juez Ercole³³⁵ en la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin. En el fondo, Ercole es, para Dworkin, el juez que trabaja en condiciones epistémicas ideales; de esto están convencidos los mismos Coleman y Leiter.³³⁶ En este sentido, habría entonces un indicio

³³⁴ *Ibidem*, pp. 265-272.

³³⁵ Dworkin introduce al juez Ercole ya en su *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 105), y reproduce luego esta figura en otros trabajos hasta su reciente *Law's Empire*, *cit.*, p. 239. Para un buen análisis de cómo Dworkin representa este personaje, *cfr.* Schiavello, A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno?...*, *cit.*, pp. 231-233.

³³⁶ Coleman, J. L. y Leiter, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority*, *cit.*, p. 275.

para sostener que también la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin asume como punto de referencia una noción *débil* de objetividad. Esto es, en efecto, lo que piensan los dos autores,³³⁷ aunque con distingos, y ésta es también mi opinión, con reservas críticas análogas.

De todas maneras no es mi intención detenerme en la figura del juez Ercole; lo que pienso hacer, en cambio, es intentar, en primer lugar, delinear la noción dworkineana de objetividad, aunque sea prevalentemente *en negativo* y “a cuentagotas”, por sus discursos sobre la interpretación; y en segundo lugar, más en general, a resaltar el tipo de constructivismo que emerge —aunque sea confusamente— de sus trabajos, constructivismo que ya he etiquetado oportunamente como *interpretativo* (véase el capítulo I, sección II, apartado 1). No me interesa en este ámbito, por lo tanto, examinar la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin en su conjunto (razonamiento que en su caso se identifica con el *razonamiento judicial*), misma que constituye el meollo de su teoría del derecho.

Antes de pasar a discutir estos aspectos del pensamiento de Dworkin es oportuno precisar mejor cuál es el ámbito de extensión (por lo menos el explícitamente mencionado por él) de sus reflexiones sobre *objetividad e interpretación*. Se trata de un pasaje importante, porque la clasificación que haré no pretende solamente ser un instrumento heurístico para comprender mejor el pensamiento de Dworkin, sino también tiene la ambición de establecer un cuadro categorial que luego utilizaré por mi cuenta, en el contexto de teoría del razonamiento jurídico. Las distinciones que ahora realizaré, por lo tanto, determinarán el cuadro de referencia global para las tesis que expondré en breve sobre el razonamiento jurídico, sobre todo con respecto a su posible reconsideración en clave constructivista.

El ámbito de extensión de las observaciones hechas por Dworkin sobre la objetividad está constituido, en líneas generales, por todos los discursos (de carácter jurídico, ético, literario, artís-

³³⁷ *Ibidem*, pp. 269 y ss.

tico) que *encauzan pretensiones o afirmaciones interpretativas*; afirmaciones, entonces, sobre el significado y sobre el valor de algún elemento (un aspecto de alguna obra de arte, un enunciado individual que haga parte de un ordenamiento jurídico, un personaje de una novela, un comportamiento moral de una persona) en el interior de un contexto que lo incluya (un ordenamiento jurídico, una obra de arte en general, una novela, la vida moral de cierta persona); contexto para cuya interpretación se necesitan, a su vez, de concepciones de carácter aún más general, interrelacionadas entre sí. Tales concepciones contienen tanto aspectos —de carácter teórico y valorativo— concernientes al *objeto* (una teoría del derecho, una teoría del arte y de la literatura, una teoría ética, que tomen todas una posición sobre los valores —jurídicos, estéticos, morales— en juego) como aspectos relativos a la *manera de acercarse al objeto* (una teoría general de la interpretación). Con referencia a todos estos discursos, usaré la locución “discurso con carácter interpretativo”. Al interior de este campo general de referencia es posible incluso delimitar un ámbito más específico, que concierne a los discursos en los que las pretensiones de carácter interpretativo estén encaminadas, más o menos directamente, a objetivos de *justificación*, que sirven para justificar elecciones y decisiones (de carácter moral, jurídico, etcétera) de carácter práctico. Con referencia a tal ámbito más específico de extensión usaré la locución ‘razonamiento práctico’.

¿Qué lugar tiene el *razonamiento jurídico* en esta clasificación? Aquí mi camino se aparta del que sigue Dworkin. Para el estudioso americano, de hecho, el razonamiento jurídico se identifica casi completamente con el *razonamiento judicial*, que, por lo tanto, como tal, representa una subespecie de razonamiento práctico. En mi caso, en cambio, se necesita distinguir dos tipos de razonamiento jurídico: el ejercitado por los *juristas teóricos* y por los *estudiosos del derecho*, que no tiene objetivos prácticos inmediatos, y que se preocupa, por ejemplo, de fijar el significado de cada enunciado o de documentos jurídicos en el interior de una actividad que está dirigida a la reconstrucción dogmá-

tica de una parte de un ordenamiento jurídico, o bien del ordenamiento jurídico en su conjunto, y aquel ejercitado por *juristas prácticos* y por *operadores jurídicos* con el único objetivo de tomar decisiones de carácter aplicativo. Con referencia al primer tipo de razonamiento, utilizaré la locución ‘razonamiento de los juristas’; con respecto al segundo tipo, la locución ‘razonamiento judicial’.

Es importante poner en evidencia que en ambos casos, como tendré oportunidad de aclarar más adelante, el razonamiento jurídico, si se reconstruye a partir de una perspectiva epistemológica constructivista, tiene —o por lo menos puede tener— una *valencia* parcialmente *cognoscitiva*; puede constituir, esto es, una instancia de una actividad a pleno título cognoscitiva derecho. En ambos casos, de hecho, “conocer el derecho positivo” (de conformidad obviamente con la manera en la cual el conocimiento se califica a partir de una perspectiva constructivista) constituye un componente fundamental del razonamiento jurídico, o representa de todos modos su necesario “contexto de fondo”. Por consiguiente, en el primer caso la actividad cognoscitiva no es instrumental a algo *exterior* a ella. Por ejemplo, la interpretación de cada enunciado jurídico sirve para alcanzar objetivos que son ellos mismos cognoscitivos (la reconstrucción dogmática de un instituto jurídico, por ejemplo). En el segundo caso, en cambio, la actividad cognoscitiva es utilizada de varias formas y maneras, que no es el caso examinar aquí, como instrumento para tomar decisiones prácticas.

3. *Objetividad y constructivismo interpretativo* *en Dworkin*

Regresemos ahora al examen de las consideraciones que Dworkin dedica a la noción de objetividad. Pues bien, para lograr entender correctamente la manera en la que Dworkin entiende tal noción, hay que poner en su justa medida dos aspectos importantes de su teoría jurídica: el primero es de carácter general, mien-

tras que el segundo concierne específicamente a la cuestión de la objetividad: I) en primer lugar, Dworkin raramente especifica los presupuestos epistemológicos y semánticos de sus teorizaciones y, aun cuando esto sucede, lo hace de manera más bien confusa y remendada, sin seguir un trayecto intelectual unívoco y coherente; II) en segundo lugar, sus afirmaciones sobre la objetividad son casi siempre objeto de polémica por parte de aquellos que comparan sus tesis a las de quienes Dworkin llama *archimedean*,³³⁸ y que corresponden, grosso modo, a los partidarios de la concepción que he nombrado *objetivismo metafísico* (justo por este motivo seguiré usando dicha locución, incluso para referirme a la concepción a la que Dworkin dirige sus críticas); se trata de tesis de las que él por todos los medios toma distancia.

Probablemente se debe a esta polémica constante hacia el objetivismo metafísico, el corte de tipo *deflacionista*³³⁹ con el cual él enfrenta la cuestión. Quiero decir que Dworkin da la impresión de ser prácticamente obligado por sus adversarios a hablar de *objetividad* a propósito de los discursos de carácter interpretativo: él, como se puede argüir también desde el mismo título de uno de sus ensayos dedicados al argumento,³⁴⁰ preferiría evitarlo, dado que en su opinión no tiene sentido plantear tal cuestión a propósito de las afirmaciones formuladas en este tipo de discursos; y no tiene sentido hacerlo, porque no es posible presentar como sustento a estas afirmaciones argumentos que se apoyan en una supuesta “realidad externa” respecto de la práctica en la que uno se mueve.³⁴¹ Si se respeta una colocación típicamente *interna*, entonces, según Dworkin, los predicados ‘objetivo’ o ‘real’ no

³³⁸ Dworkin, R., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, 25, 2, 1996, p. 112.

³³⁹ Es justo este el aspecto críticamente reprochado por Coleman en su *Truth and Objectivity in Law*, *cit.*, p. 54.

³⁴⁰ Dworkin, R., “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk About Objectivity Any More”, *The Politics of Interpretation*, *cit.*, pp. 287 y ss.

³⁴¹ Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 171-174, y *My Reply to Stanley Fish*, *cit.*, p. 297.

añaden nada a los discursos que podemos hacer a partir de este tipo de posición; es decir, a los discursos que desarrollan en el modo más adecuado posible nuestras convicciones de carácter sustancial (jurídicas, morales, estéticas, etcétera), utilizando los mejores argumentos que la práctica tiene disponibles.³⁴² Cuando usamos estos predicados, continúa Dworkin, no tenemos más que repetir con mayor énfasis las pretensiones contenidas en los juicios mismos; esto quiere decir que

we use the language of objectivity, not give our ordinary moral or interpretative claims a bizarre metaphysical base, but to repeat them, prophase in a more precise way, to emphasize or qualify their content. We use that language, for example, to distinguish genuine moral (or interpretative or aesthetic) claims from mere reports of taste.³⁴³

Es justo por estas razones, en conclusión, que para Dworkin la calificación de las afirmaciones interpretativas en términos de *objetividad* o de *verdad* (para Dworkin, en mi opinión acertadamente, las tesis que derivan del objetivismo metafísico y de la teoría de la *verdad como correspondencia* —que el llama *copy theory of truth*³⁴⁴— se implican mutuamente), tiene que considerarse como *redundante*, algo que él, por otro lado, aclara en más de una ocasión.³⁴⁵

La primera impresión que en lo personal me produce este discurso es que Dworkin acaba por asumir aquella postura filosófica (se debería de decir, en verdad, *antifilosófica*) de la cual he hablado en el primer capítulo (sección III, apartado 6), de *quietism*. En aquella ocasión he dicho que de acuerdo con esta concepción, se necesita evitar tomar partido, desde un punto de vista filosófico y/o epistemológico de tipo sustancial, con respecto a “objetivis-

³⁴² Dworkin, R., *A Matter of Principle*, cit., p. 174.

³⁴³ Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., p. 81.

³⁴⁴ Dworkin, R., *My Reply to Stanley Fish...*, cit., p. 290. Aquí Dworkin afirma tomar tal denominación de Putnam.

³⁴⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Dworkin, R., *Objectivity and Truth*, cit., p. 103.

mo contra relativismo” (como también en la cuestión “realismo contra antirrealismo”); y además se debe evitar interrogarse si la relación con la realidad de algún aspecto de nuestro lenguaje puede ser mirado desde un punto de vista, independiente o no, respecto de las prácticas cognoscitivas en las cuales estamos inmersos de alguna forma. Para el *quietism*, en sustancia, no están disponibles justificaciones filosóficas globales de nuestras prácticas, más allá de aquellas específicas y contingentes que una y otra vez disponemos en su interior.

Si ese fuera el caso, entonces es evidente que la posición de Dworkin incurriría en todas las críticas que ya he dirigido anteriormente al *quietism* (véase el capítulo I, sección III, apartado 6) desde una posición constructivista, críticas que no repetiré en este momento. No hay duda de que, a simple vista, la posición *quietist* parece corresponder perfectamente al pensamiento de Dworkin. Sin embargo, examinando más de cerca sus planteamientos, uno se da cuenta fácilmente de que el hastío dworkiniano por la objetividad está vinculado, sobre todo, como he dicho antes, al armazón metafísico que generalmente es usado como apoyo a dicha noción. Un examen más cuidadoso pone en evidencia que Dworkin, no obstante su renuencia, termina por dedicar mucho espacio a este tema, también para refutar las tesis de los relativistas y de los escépticos, sus otros dos grandes adversarios. Es importante resaltar, a ese respecto, que la posición *internalista* de Dworkin no equivale en absoluto a la del relativista o del “escéptico global”; él, como trataré de exponer a continuación, trata de establecer vínculos en el pluralismo de las interpretaciones, así como fijar criterios para orientar la elección de la mejor teoría en disputa.

Vale la pena, por lo tanto, como se puede ver, dedicar a este tema reflexiones posteriores. Trataré de aclarar mejor, ahora, el alcance real de las afirmaciones de Dworkin sobre la objetividad (y luego sobre la *interpretación constructiva*), aunque para esto será necesario liberarlas de ese halo de ambigüedad y de ilusión que de alguna forma las rodea. Esta aclaración servirá, en-

tre otras cosas, para entender eventualmente dentro de qué límites las posiciones epistemológicas de —o mejor: implícitamente presupuestas por— Dworkin se acercan al tipo de constructivismo que he presentado aquí. Tarea que no será fácil, a causa de los espacios vacíos que el discurso de Dworkin deja tras de sí.

Un punto que causa particular perplejidad es, por ejemplo, el relativo al efectivo ámbito de extensión de dicho discurso. En otras palabras, no está claro si cuando Dworkin habla de objetividad y critica el objetivismo metafísico pretende en realidad limitar su análisis exclusivamente a los discursos interpretativos, o si, en cambio, quiere extender el campo de aplicación a la actividad cognoscitiva en general (como lo hago en esta obra). La impresión más inmediata parece inclinarse por la primera hipótesis, incluso porque todas las afirmaciones más comprometidas sobre el tema en cuestión están explícitamente vinculadas a los juicios interpretativos; y aun así Dworkin,³⁴⁶ para hacer resaltar mejor las diferencias entre su concepción de la objetividad y la del objetivismo metafísico, utiliza en varias ocasiones, como *analogue model*,³⁴⁷ la idea de objetividad —sin alguna duda de carácter *epistémico*— que proviene de las concepciones epistemológicas *holistas* contemporáneas de corte postpositivista (que más de una vez he citado en el capítulo I).

La cuestión amerita ser reexaminada, analizando atentamente, entre otras cosas, el significado y el alcance de estas referencias epistemológicas de Dworkin. De hecho, la decisión dworkiniana de desarrollar estas analogías deriva no sólo de la exigencia de distinguir su posición de las que están emparentadas con la concepción del *objetivismo metafísico*, donde

³⁴⁶ Al examinar los presupuestos epistemológicos de la teoría del razonamiento jurídico de Dworkin utilizo parcialmente materiales extraídos de mi ensayo “Normative Coherence and Epistemological Presuppositions of Justification”, *Laws, Interpretation and Reality*, editado por Nerhot, P., Dordrecht, Kluwer, 1990, pp. 431-455.

³⁴⁷ Para una definición de *analogue model* véase mi *Teorie della scienza giuridica...*, *cit.*, pp. 52-54.

los “juicios interpretativos describen significados que preexisten, como si fueran *hard facts* a la interpretación”, sino también de contraponerse determinantemente a las tesis de inspiración *relativista-escéptica*, según las cuales “interpretar equivale a inventar, porque el texto objeto de dicha actividad no puede nunca constituir un vínculo para el intérprete, puesto que éste mismo es objeto de interpretación”.³⁴⁸

El punto de partida de Dworkin, como podemos ver, es perfectamente análogo al mío en el ámbito epistemológico general, en el planteamiento de la concepción constructivista. Dworkin, en otras palabras, quiere sustentar (en contra del escepticismo) que también en ámbitos de interpretación se pueden, en cierto sentido, formular afirmaciones con *pretensiones de verdad*, con tal de que por verdad no se entienda la correspondencia con los *hard facts* (como quisiera la *demonstrability thesis* sostenida por el objetivismo metafísico).³⁴⁹

Se puede señalar aquí una primera incongruencia del discurso dworkineano. A propósito de los juicios interpretativos, Dworkin continúa usando el predicado ‘verdadero’ para afirmar que también estos son “verdaderos de algo”, aunque no en el sentido de la *demonstrability thesis*; viéndolo bien, sin embargo, la verdad de la que él habla es en realidad la *coherencia* (en el sentido de *fitness*). Desde este punto de vista, una afirmación jurídica interpretativa, hecha por ejemplo por un juez, *es verdadera* “if the best justification that can be provided for the body of propositions already settled provides a better case for that proposition than for the contrary proposition”.³⁵⁰ Dworkin, sin embargo, usa indistintamente las nociones de ‘verdad’ y de ‘coherencia’, sin explicar nunca con la debida claridad sus relaciones recíprocas.³⁵¹ No dice, como en mi opinión debería hacerlo, que su

³⁴⁸ Dworkin, R., *A Matter of Principle*, cit., pp. 167-169.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 137 y 138.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 142.

³⁵¹ En este tipo de equívoco se detiene Woozley, si bien en un contexto de una interpretación de Dworkin, que en mi opinión no es compartible (*cfr.* Wo-

propósito es identificar la *verdad* con la *coherencia*, ni tampoco precisa hasta dónde se extiende este tipo de identificación (¿vale sólo para los juicios interpretativos o bien para todos los tipos de juicios?). Haciendo esto, sin embargo, deja serias dudas sobre sus intenciones reales; alguien podría pensar que su objetivo es en realidad el de multiplicar las categorías de hechos, cuyas proposiciones pueden ser *verdaderas por correspondencia*, y por lo tanto, introducir otras categorías de hechos respecto a los *hard facts* de las ciencias empíricas; por ejemplo los *hechos morales*. Desde este punto de vista, la única diferencia con las concepciones tradicionales sería la de ampliar el número de los posibles tipos de correspondencias entre el lenguaje y la realidad.³⁵²

No creo, de todos modos, que ésta sea una interpretación correcta del pensamiento de Dworkin. Una de las razones principales por la cual pienso que no lo es depende del tipo de relación analógica que él utiliza para evidenciar mejor el *enfoque holista* con el que se aproxima a los discursos de carácter interpretativo (y, más precisamente, al razonamiento judicial), acercamiento que permite reconocer en éstos una especie de *circularidad virtuosa*: los diversos elementos del razonamiento se sostienen y se vinculan recíprocamente, sin por ello servirse de una *fundación externa objetiva*. La analogía concierne, como he dicho antes, al enfoque holista con el cual ciertas concepciones epistemológicas contemporáneas (acerca de las cuales Dworkin mantiene, sin em-

ozley, A. D., "No Right Answer", *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, editado por Cohen, M., Londres, Duckworth, 1984, pp. 176-178).

³⁵² Muchos estudiosos presentan, en efecto, una reconstrucción de este tipo de pensamiento de Dworkin, sustentando que para él, en realidad, los discursos interpretativos son verdaderos en tanto *corresponden a hechos*; *cf.*, a modo de ejemplo, Aarnio, A., *The Rational as Reasonable*, *cit.*, pp. 159 y 160; Yablon, C. M., "Are Judges Liars? A Wittgensteinian Critique of Law's Empire", *Wittgenstein Legal Theory*, editado por Patterson, D. M., Boulder, Westview Press, 1992, pp. 250 y 251; Guastini, R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Turín, Giappichelli, 1985, pp. 155-168; Pintore, A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *cit.*, pp. 170-172. Es claro que, si se acepta este tipo de reconstrucción, entonces Dworkin formaría parte, con todo derecho, del clan de los iusnaturalistas.

bargo, una actitud más bien evasiva, limitándose a hablar de un *important theme in contemporary philosophy of science*) miran a los esquemas teóricos de las ciencias naturales que transmiten creencias y contienen afirmaciones sobre la realidad, cuya justificación es también en el *interior* del esquema adoptado. En este sentido, resalta Dworkin, la filosofía de la ciencia contemporánea sostiene “that non of beliefs we have about the world and what is in forced upon us by a theory independent recalcitrant reality; that we have the beliefs we do only in consequence of having accepted some particular theoretical structure”.³⁵³ Esto quiere decir, según Dworkin, que todas nuestras convicciones, incluso las de carácter lógico, entran conjuntamente en relación con la experiencia formando un sistema interdependiente. Cualquier parte del sistema puede ser, en principio, revisada o abandonada, puesto que somos capaces de reacomodar lo que queda; pero esto no significa que en este planteamiento holista los hechos no vinculen las teorías. En realidad, “facts both depend on and constrain the theories that explain them”.³⁵⁴

En este punto Dworkin hace referencia innegablemente a las concepciones epistemológicas holistas que anticipan las temáticas constructivistas, tal como lo he adjetivado yo con el término ‘constructivismo empirista’ (*cfr.* capítulo I, sección II, apartado 5). Estas concepciones, como sabemos, admiten las tesis del *pluralismo de los esquemas conceptuales*, cosa que el mismo Dworkin reconoce cuando cita otra tesis proveniente de las concepciones holistas: aquella según la cual

if we held very different beliefs about the theoretical parts of physics or the other sciences, we would, in consequence, divide the world into very different entities, and the facts we encountered about those different entities would be very different from the facts we now take to be unassailable.³⁵⁵

³⁵³ Dworkin, R., *A Matter of Principle*, *cit.*, p. 169.

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ *Idem.*

Ahora bien, en lo tocante a estas citas, a las que evidentemente Dworkin ve con mucha simpatía, parecería no sólo que la concepción de objetividad que surge de estos discursos de carácter interpretativo encuentre correspondencias y confirmaciones incluso en los discursos de las ciencias naturales, sino que se presenta también la posibilidad de construir un cuadro de referencia epistemológico unitario que reúna diversos tipos de razonamiento (tanto en las ciencias naturales como en las disciplinas interpretativas). Dworkin mismo, por otro lado, se detiene en más de una ocasión en estas analogías, dando a entender así que estas referencias no son de ninguna manera ocasionales ni mucho menos casuales, sino que constituyen más bien un tema recurrente en sus reflexiones. Él da la impresión, de cualquier manera, de conocer bastante bien los temas y los acercamientos privilegiados de la filosofía de las ciencias postpositivistas, acercamientos a los cuales dedica —de manera tímida y concisa— algunas referencias bibliográficas.³⁵⁶ Por ejemplo, en el trabajo ya citado anteriormente, dedicado a contestar a algunos de sus críticos, deteniéndose nuevamente sobre las tesis epistemológicas holistas, hace referencia a la famosa metáfora de Neurath (que también he mencionado en el capítulo I, sección III, apartado 5) del científico comparado al marinero que debe reparar su barco en mar abierto.³⁵⁷ En aquel trabajo, para defender su *internalismo*, él cita nuevamente las tesis epistemológicas, según las cuales los vínculos a los que se somete la investigación científica son *todos internos* (!) al conocimiento mismo, en el sentido de que están constituidos por las “internal tensions, checks and balances of the complex structure of what we recognize as scientific knowledge”; pero para que dichos vínculos puedan funcionar correctamente, añade Dworkin, se necesita que los sistemas teóricos de las ciencias estén lo suficientemente *diferenciados funcionalmente*.³⁵⁸

³⁵⁶ Él, por ejemplo, cita de paso, en varias ocasiones, las afirmaciones y las tesis de Quine, Neurath, Goodman, Putnam y Kuhn.

³⁵⁷ Dworkin, R., *My Reply to Stanley Fish*, cit., p. 294.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 293.

En efecto, Dworkin concede demasiado a la teoría de los esquemas conceptuales, porque lo que dice da a entender que los vínculos de la actividad científica son en realidad *todos internos* al esquema conceptual adoptado, y ésta, como ya vimos, es una peligrosa concesión al relativismo. El hecho es que Dworkin, al no poseer una imagen epistemológica de fondo, coherente y acabada, se encuentra continuamente a merced de vacilaciones (de las que he hablado antes) entre los polos extremos del objetivismo y del relativismo. En el intento de escapar del primero, corre el riesgo de caer en las fauces del segundo, y viceversa,³⁵⁹ y esto es hasta tal punto cierto, que él mismo, sin dar muestra de gran coherencia, no logra luego mantener hasta el final esta *concepción internalista* de los vínculos del razonamiento. En este mismo ensayo, de hecho, entre los vínculos utilizables, menciona aquellos (de competencia de la teoría de interpretación) constituidos por algunas creencias generales sobre la manera de conducir la interpretación (por ejemplo, aquellas según las cuales “una interpretación puede ser mejor que otra” y “hay argumentos más fuertes y argumentos más débiles”); creencias que constituyen claramente los vínculos que no están ligados a la participación de un cuadro teórico específico. Por lo demás, Dworkin pone gran énfasis al tema de los vínculos que limitan el espectro de las posibles interpretaciones de las prácticas sociales, vínculos que no todos son ciertamente *internos* a cada esquema teórico adoptado (sino, si acaso, a la práctica en su conjunto). Estos vínculos están representados, por ejemplo, por los *conceptos* y por las *instancias paradigmáticas*, cuya función es la de anclar las —poten-

³⁵⁹ Sobre la presencia de esta oscilación entre objetivismo y relativismo insisten críticamente, entre otros, aunque sea de modos y formas diversas, Finnis, J., “On Reason and Authority in ‘Law’s Empire’”, *Law’s and Philosophy*, 6, 1987, pp. 365-372; Fish, S., “Working on the chain Gang: Interpretation in the Law and in the Literary Criticism”, *The Politics of Interpretation...*, cit., pp. 276-279; Lewis, S. R., “Taking Adjudication Seriously”, *Australasian Journal of Philosophy*, 58, 4, 1980, p. 384; y Smith, M. B. E., “Rights, Right Answer, and the Constructive Model of Morality”, *Social Theory and Practice*, 3-4, 5, 1980, p. 415.

cialmente divergentes— interpretaciones de las prácticas sociales que quieren tener un mínimo de credibilidad, a elementos que son compartidos por todos los esquemas interpretativos en juego.

Sobre este punto no es necesario abundar más, ya que ha sido cuidadosamente examinado en el primer capítulo (a éste he dedicado el apartado 10, de la sección I, cap. 1). Quisiera ahora tomar en consideración, en cambio, la parte del trabajo en la que Dworkin, con más énfasis que en otras ocasiones, trata de elaborar un cuadro epistemológico de referencia para reunir los procesos interpretativos en cualquier contexto que se produzcan. Se trata de aquellas páginas de *Law's Empire* que Dworkin dedica —no casualmente— a la elaboración de la noción de ‘interpretación constructiva’.

Entretanto, es oportuno notar con antelación que Dworkin, además de la locución ‘interpretación constructiva’, usa también la de ‘modelo constructivo del razonamiento práctico’.³⁶⁰ Esta segunda locución tiene un espectro más extenso, porque hace referencia a todo el conjunto de actividades mediante las cuales se justifican decisiones de carácter jurídico (de parte del juez), elecciones de carácter moral, opciones de carácter político, actividades en donde la interpretación (por ejemplo, de los criterios de los principios que guían estas prácticas) es sólo un componente, aunque fundamental. Por esta razón, considero que la segunda locución sea la más adecuada; aunque al exponer el pensamiento de Dworkin trataré de permanecer fiel a los usos que él escoge en cada caso.

Al introducir la temática de la interpretación en *Law's Empire*, Dworkin afirma que quiere ocuparse solamente de la *interpretación creativa* (la interpretación de las prácticas sociales, como el derecho; y de los productos artísticos, como pinturas y novelas), cuya característica es la de interpretar algo que si bien es creado por seres humanos, se vuelve luego una entidad distinta de los

³⁶⁰ Dworkin, R., “A Reply”, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., pp. 278-280.

creadores; ya no, pues, algo que se dice en una conversación (la *interpretación conversacional*) ni algo que ha sido creado por seres humanos (los hechos empíricos como objeto de la *interpretación científica*).³⁶¹ Es el primer tipo de interpretación lo que está calificado por Dworkin como *constructivo*, y esto porque él interpreta como objetivo central identificar los objetos y los principios-guía de la práctica en cuestión; no puede de ninguna manera obtenerlos de la *descripción* de una suerte de —inadmisible— realidad moral (o jurídica) subyacente (esto sería el modelo *natural* de razonamiento), sino, más bien, los *construye* (en las formas que veremos) “imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”.³⁶²

Parecería en este punto que Dworkin quisiera establecer una clara demarcación entre interpretación creativa (*constructiva*) y otras formas de interpretación; pero a continuación el mismo Dworkin, en uno de sus característicos titubeos que denotan incertidumbres fundamentales acerca del cuadro global de referencia (filosófico y epistemológico) por adoptar, tiene una opinión diferente: afirma, de hecho, que la *constructive account* (Dworkin expresa esta tesis de forma muy dudosa) podría admitir una visión unitaria de la actividad interpretativa en su conjunto (por lo tanto, también de aquella *conversacional* y científica),³⁶³ y esto porque también las otras formas de interpretación dan muestra, considerándolo bien, de compartir presupuestos muy similares a aquellos propios de la interpretación constructiva. De hecho: I) interpretar la conversación de otra persona requiere siempre del uso de presuposiciones, como por ejemplo el *principle of charity*, que tiene el efecto de convertir la conversación, en circunstancias

³⁶¹ Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, p. 50.

³⁶² *Ibidem*, p. 52.

³⁶³ Couzens Hoy, entre otros, pone en evidencia esta incertidumbre de fondo en el ámbito de extensión de las tesis dworkinianas sobre la interpretación (*cf.* Couzens Hoy, D., “Dworkin’s Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism”, *Law and Philosophy*, 6, 1987, pp. 343 y 344).

normales, como la mejor *performance posible*; II) interpretar los datos empíricos en la ciencia requiere del empleo masivo de presupuestos teóricos ('sencillez', 'elegancia', 'verificabilidad') que reflejan las hipótesis variables y siempre verificables de los paradigmas de la explicación (aquí Dworkin cita, de manera favorable, las tesis de Kuhn). Con las palabras de Dworkin:

the constructive account of creative interpretation, therefore, could perhaps provide a more general account of interpretation in all its forms. We would then say that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different context only because different enterprises engage different standards of value or success.³⁶⁴

Vemos, pues, que se pone en evidencia de nuevo una peculiar incertidumbre estratégica de fondo en el pensamiento de Dworkin, incertidumbre que es además el elemento principal al cual apuntan las observaciones críticas que le he dirigido en el presente texto. Dworkin, en conclusión, no logra identificar con la debida claridad el ámbito de extensión de sus tesis concernientes a la disciplina interpretativa y sus métodos; ya lo habíamos visto antes al referirse a la cuestión de la objetividad, y debemos averiguarlo incluso ahora, en lo relativo a la interpretación. La pregunta de fondo a la que él no sabe dar una respuesta convincente puede ser sintetizada así: ¿las tesis sobre la interpretación se aplican solamente en el interior de las llamadas *ciencias incluyentes*, tal como lo podrían plantear las orientaciones *hermenéuticas* y, más en general, *antinaturalistas*?, o bien: ¿se aplican a todas las disciplinas para las cuales la interpretación es un instrumento fundamental de carácter cognoscitivo y, por lo tanto, también a las ciencias naturales (como sostengo yo en este texto, junto a la heterogénea constelación de las orientaciones postpositivistas)? Las dos respuestas son posibles, si nos atenemos a lo que Dwor-

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 53.

kin dice expresamente, pero también a lo que deja a la intuición, incluso a través de sus concisas referencias bibliográficas. De hecho, en apoyo a sus afirmaciones, él cita con frecuencia tanto a los exponentes de las orientaciones antinaturalistas (por ejemplo, Gadamer y Habermas) como a aquellos de las orientaciones postpositivistas (Quine, Goodman, Neurath).³⁶⁵

Conviene ahora dar un paso adelante y explicar cómo puede concretamente funcionar, para Dworkin, el modelo de la interpretación constructiva en las diversas fases en las que se articula. Dworkin desarrolla este punto haciendo referencia, por lo pronto, al tema general de la interpretación de las prácticas sociales; pero está claro que su discurso es válido para todos los procesos interpretativos internos a las prácticas (como luego él mismo reconocerá), y por lo tanto también para la interpretación de cada uno de los elementos (un enunciado) de una práctica jurídica. Ahora bien, para Dworkin la interpretación de una práctica social atraviesa tres fases distintas interrelacionadas entre sí: I) el *preinterpretative stage*, dentro del cual se identifican de manera conjetural las reglas y los estándares de la práctica; II) el *interpretative stage*, en el cual el intérprete elabora una justificación general de

³⁶⁵ Comparto, por lo tanto, bajo este perfil, la posición expresada por Schiavello en su interesante trabajo sobre Dworkin, ya citado. También según Schiavello la concepción de Dworkin oscila entre un planteamiento vinculado al *iusnaturalismo* (pero dado que aquí se habla de epistemología, sería mejor llamarlo *objetivismo metafísico*), otro ligado al *constructivismo postanalítico*, y otro más vinculado a la *hermenéutica continental* (cfr. Schiavello, A., *Diritto come integrità...*, cit., pp. 14-22). No me parece, sin embargo, contrariamente a lo que considera Schiavello, que sea *superfluo* preguntarse sobre cuál sea la mejor interpretación del pensamiento de Dworkin sobre este punto: no lo es tanto desde el punto de vista de la reconstrucción global de la teoría jurídica de Dworkin, cuyas tesis sobre razonamiento jurídico y sobre la *right answer* podrían ser mejor ilustradas y comprendidas (y quizá dirigidas a un proyecto más coherente) si se lograra insertarlas en un cuadro epistemológico unitario y confiable, tanto desde el punto de vista del planteamiento de la teoría del conocimiento exportable con éxito al ámbito jurídico, porque una *lectura constructivista* de Dworkin podría representar un ejemplo importante de la fecundidad de tal intento.

los principales elementos de la práctica, así como ésta ha sido identificada en el plano preinterpretativo; III) el *postinterpretative stage*, en el que el intérprete “adjust his sense of what the practice ‘really’ requires as better to serve the justification he accepts at the interpretative stage”.³⁶⁶

No hay duda de que la interpretación de esta lectura, por la manera en que está estructurada, denota una marcada influencia de Rawls³⁶⁷ y de su tesis del *equilibrio reflexivo*³⁶⁸ (como el mismo Dworkin reconoce).³⁶⁹ La versión que Dworkin da sobre esta idea es: el estudioso que interpreta la práctica *necesita construir una teoría* para sistematizar y darle coherencia a sus juicios y a los de los otros miembros de la comunidad de referencia, de acuerdo con lo que la práctica requiere en cada caso concreto. La teoría escogida es aquella que, según el punto de vista del estudioso, interpreta *más* (cuantitativamente) y *mejor* (cualitativamente) cada uno de los juicios, en un proceso de continuo “reajuste recíproco” entre teoría y juicios que produce, como resultado contingente (siempre parcial y verificable), el esquema teórico *mejor* (siempre a partir de la perspectiva adoptada por el intérprete en determinadas condiciones dadas).

Me parece importante precisar que la concepción dworkineana no da ninguna prioridad a nuestros juicios sobre lo que la práctica requiere en los casos concretos, con relación a la teoría seleccionada. Esto quiere decir, tomando oportunamente como ejemplo la interpretación judicial, que el objetivo del juez no debe ser el de construir una teoría que refleje “de la mejor manera” sus visiones morales personales, sino más bien que explique aquella parte de la moralidad de su comunidad que está encapsulada

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

³⁶⁷ Se trata de una influencia que viene de todos modos filtrada críticamente por Dworkin, como pone en evidencia convenientemente Guest, S., *Ronald Dworkin*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1992, pp. 147-149.

³⁶⁸ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, pp. 20, 21 y 48-50.

³⁶⁹ Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, p. 424 (en la nota 17).

en el sistema jurídico en cuestión. En otros términos, la idea de Dworkin es que las convicciones del juez relativas a la moralidad “de fondo” son relevantes para su interpretación en la medida en que el juez mismo crea indispensable incorporarlas a la moralidad institucional que él debe explicar.³⁷⁰ Dworkin mismo ratifica muy claramente este punto fundamental, cuando dice, a propósito de los jueces, que “it is not their job to show which principles are best independently of history, but to show which principles provide the best justification of a particular legal record”.³⁷¹

Las afirmaciones de Dworkin sobre la interpretación constructiva y sobre la manera cómo ésta procede, ligada al criterio del equilibrio reflexivo, prefiguran, como se ve, una concepción que inspirada en una visión *débil* de la objetividad (una *modest objectivity*), a medio camino entre objetivismo metafísico (para Dworkin nuestros juicios ético-jurídicos no son justificados porque describen una realidad preexistente, sino porque se vuelven coherentes con la mejor teoría disponible), y el relativismo (nuestras opiniones subjetivas sobre “lo que está bien o es justo hacer” no prevalece sobre la teoría que reconstruye los principios de la práctica).

Esta última observación me da la pauta para realizar un breve balance de las valoraciones que he expresado, por aquí y por allá, sobre las premisas epistemológicas de los discursos de Dworkin sobre la interpretación. La concepción *modesta* de objetividad, que es alternativa tanto al objetivismo metafísico como al relativismo, emerge, es verdad, en algunos fragmentos

³⁷⁰ Smith arroja luz sobre este aspecto de la teoría de Dworkin, en un ensayo muy claro ya citado anteriormente (Smith, M. B. E., *Right, Right Answer, and the Constructive Model of Morality, cit.*, pp. 412-415). También Alexander y Kress insisten de manera particularmente convincente sobre el hecho de que, para Dworkin, la teoría reconstructiva de los principios jurídicos “vigentes” elaborada por los jueces no debe ser la *moralmente correcta*, sino la que explica, más y mejor que las otras, los diversos casos concretos del pasado relativos a la toma de una nueva decisión (Alexander, L., y Kress, K., “Against Legal Principles”, *Law and Interpretation, cit.*, pp. 284-288).

³⁷¹ Dworkin, R., *A Reply...*, *cit.*, p. 279.

de Dworkin, pero nunca de manera clara y precisa; sobre todo, sin el apoyo de un cuadro general de referencia (filosófico y epistemológico), trazado a la perfección y apto para fijar con exactitud los perfiles y el ámbito de extensión de tal noción. Por esta razón, el pensamiento de Dworkin se encuentra a merced de peligrosas fluctuaciones y graves indecisiones estratégicas; y estas fluctuaciones dejan expuesta su posición al riesgo continuo de ser incorporada por cualquiera de los dos campos adversarios. Es importante, a ese efecto, hacer hincapié nuevamente en algunas incertidumbres particularmente relevantes.

En primer lugar, Dworkin, sobre todo en sus primeros trabajos, parece indeciso sobre si seguir hasta el final la vía del modelo constructivo del razonamiento, que postula que nuestros juicios e interpretaciones no reflejan nunca las realidades preexistentes, sino que son, en cambio, el fruto de operaciones constructivas (orientadas a valores) puestas en acción por medio de cuadros teóricos. A veces él da la impresión de conformarse con ideas más tradicionales, sobre todo cuando, particularmente en *Taking Rights Seriously*,³⁷² trata de caracterizar su posición en clave acentuadamente antiuspositivista, por ejemplo, delineando la distinción entre reglas y principios en términos muy demarcados;³⁷³ o bien conectando la tesis de la *right answer* al reconocimiento, por parte de los jueces, de derechos (de las partes del proceso) que se fundamentan en principios que Dworkin a veces parece considerar como preexistentes al —e independientes del— derecho positivo.³⁷⁴ Esta impresión está reforzada por el uso poco prudente que Dworkin hace de las nociones de ‘verdad’ y de ‘coherencia’, cuyas relaciones no logra aclarar de manera adecuada; como ya he observado arriba, parece a veces que Dworkin acepta

³⁷² También aquí estoy de acuerdo con Schiavello, cuando dice que las oscilaciones de Dworkin hacia el iusnaturalismo (y al objetivismo metafísico, añado yo) se encuentran particularmente en ese trabajo (Schiavello, A., *Diritto come integrità...*, cit., p. 15).

³⁷³ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 14-45.

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 81 y ss.

la teoría de la verdad como correspondencia, limitándose a ampliar (por ejemplo a los “hechos morales”) la clase de los hechos en los cuales las llamadas *proposiciones jurídicas*³⁷⁵ pueden ser predicadas como verdaderas.

Se puede sostener legítimamente, sin embargo, que el pensamiento maduro de Dworkin se encamina decididamente hacia el modelo constructivo del razonamiento. Pero aun dando crédito a esta interpretación (cosa que estoy dispuesto a hacer), no por ello se eliminan las dudas y las ambigüedades sembradas a lo largo de su perspectiva epistemológica. Desde este punto de vista, me interesa sobre todo corroborar que no está de ninguna manera claro hasta qué punto Dworkin está dispuesto a ampliar el ámbito de extensión de la noción de interpretación constructiva: ¿solamente a las disciplinas interpretativas o bien a todas las actividades —en sentido lato— cognoscitivas, en tanto que ponen en acción actividades de carácter interpretativo? Esta interrogante, como he dicho antes, deja abiertas dos posibles lecturas de las ideas epistemológicas de Dworkin: una lectura *antinaturalista*, que lo coloca —quizá inconscientemente— en las tradiciones de pensamiento hermenéuticas,³⁷⁶ y una lectura definitivamente *construc-*

³⁷⁵ Como subraya convenientemente Troper, Dworkin no aclara nunca de manera adecuada qué entiende exactamente con la locución “proposición jurídica” (cfr. Troper, M., “Judges Taken Too Seriously: Professor Dworkin’s View on Jurisprudence”, *Ratio Juris*, 1, 2, 1988, pp. 170 y ss.).

³⁷⁶ De las relaciones entre el pensamiento de Dworkin y las concepciones hermenéuticas se ha ocupado de manera muy estimulante Zaccaria; para este autor, se puede ciertamente hablar de relaciones muy completas entre el pensamiento de Dworkin y una variopinta pluralidad de posiciones hermenéuticas, aunque esto no quiere decir que haya un influjo directo de las perspectivas hermenéuticas de tipo continental sobre su concepción (Zaccaria, G., *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 197-246). Sobre las relaciones que existen entre Dworkin y la hermenéutica continental véase también las puntuales observaciones de Pastore, B., *Tradizione e diritto*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 148-150, y, más recientemente, las expresadas al final del libro que Sagnotti dedica a Dworkin (Sagnotti, S. C., *I diritti fra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 187-197), libro en el que desafortunadamente no he tenido tiempo de prestarle la debida atención.

tivista que lo coloca en la epistemología de corte postpositivista. Es por estas razones que si tuviera que denominar de alguna manera su posición epistemológica, lo haría de manera autónoma con respecto a las otras versiones —que ya he identificado— del constructivismo, y hablar por lo tanto de *constructivismo interpretativo*. Se trata de una forma sincrética de constructivismo, completamente centrada en una noción de interpretación en la que se identifica claramente el ámbito de extensión, y del cual, además, no han sido liberados algunos importantes nudos teóricos (por ejemplo, el relativo a la relación entre interpretación y significado).

En todo caso, más allá de estas observaciones críticas no menos importantes, queda el hecho, muy positivo, de que la concepción de Dworkin es susceptible de ser interpretada, una vez disipados los equívocos y las ambigüedades que la rodean, en términos de una epistemología constructivista, y en un sentido de constructivismo muy cercano al que yo propongo. Para hacer esto se necesita ciertamente forzar el pensamiento de Dworkin mucho más allá de lo que él efectivamente estaría dispuesto a sostener, tomando en cuenta lo que afirma explícita y confusamente. El resultado que se obtiene, sin embargo, es el de tener disponible un ejemplo concreto de aplicación en el ámbito jurídico de las premisas epistemológicas constructivistas; ejemplo que permite medir —con resultados positivos— la fecundidad de esta operación.

Pero más allá de este perfil general encontramos además otras importantes indicaciones que pueden extraerse del pensamiento de Dworkin, indicaciones que resultarán muy útiles cuando nos ocupemos de establecer los lineamientos tanto epistemológicos como teóricos de una concepción constructivista elaborada expresamente para el campo de experiencia jurídico. Se trata de indicaciones que son, justamente, tanto de carácter *teórico* como *epistemológico*. Las primeras conciernen a la dirección fundamentalmente *antiobjetualista* en su acercamiento a la teoría del derecho; este acercamiento puede ser colocado en el interior de

aquella constelación que hoy se orienta hacia el ‘derecho como práctica social’ (orientaciones sobre las cuales seguiré hablando). Las segundas se refieren a la idea de importancia fundamental, también para mi trabajo, de que cada discurso nuestro con carácter interpretativo (por lo tanto también los discursos de la interpretación jurídica, sea de carácter global —concerniente a la práctica jurídica en su conjunto—, como de carácter particular —referida a cada uno de los elementos de la práctica—), para poder desempeñar su función de atribución de significado, tenga la necesidad de cuadros teóricos de referencia, es decir, de un conjunto de hipótesis (algunas de carácter valorativo) tanto de los objetos que forman parte de un dado campo de experiencia (cuál es su composición, cuáles son sus propiedades sobresalientes, etcétera) como, *reflexivamente*, sobre la manera de acercarse a éstos (y que tratan sobre la naturaleza de la interpretación, sobre la manera en la cual esta debe conducirse, etcétera).³⁷⁷ Se trata, como podemos ver, de tesis que he sostenido también en la parte inicial de este trabajo para delinear el papel fundamental de los esquemas conceptuales en el conocimiento (en cualquier tipo de conocimiento), cuya configuración sea holista.

4. *Constructivismo y teoría del razonamiento jurídico*

Podemos ahora dejar de lado, cuando menos por un momento, el pensamiento de Dworkin, y regresar al tema del cual habíamos partido al entrar en este *excursus*: el tema, para ser exacto, de la implicación de una concepción *modesta* de objetividad, alterna-

³⁷⁷ Quien arroja luz de manera particularmente convincente sobre el papel fundamental de las suposiciones teóricas en los discursos de interpretación jurídica, sobre todo por la manera de entender y de aplicar los conceptos jurídicos, es N. Stavropoulos (*cf. Objectivity in Law, cit.*, pp. 15 y ss.). Sobre el trabajo de Stavropoulos regresaré a menudo en este volumen porque lo considero un ejemplo muy significativo de una fecunda aplicación de ideas de tipo constructivista (aunque no explícitamente calificadas como tales por el autor) en el ámbito jurídico.

tiva a la propuesta por Ferrajoli. La concepción que he utilizado como ejemplo paradigmático para este tipo de acercamiento a la objetividad ha sido la de Coleman y Leiter, pero se podrían ofrecer otros ejemplos, provenientes también de las teorías jurídicas iuspositivistas contemporáneas: se podría citar, a título de ejemplo, algunas afirmaciones de Marmor³⁷⁸ y otras de Greenawalt,³⁷⁹ que van dirigidas ambas hacia una concepción de la objetividad del razonamiento jurídico que se coloca a la mitad de camino entre objetivismo y relativismo. Dichas afirmaciones señalan una vez más, por si acaso hubiera necesidad, que el relativismo y subjetivismo no constituyen en absoluto la única alternativa a un objetivismo metafísico inadmisibile.

Tras haber delineado el perfil de esta concepción *modesta*, de carácter *epistémico*, de la objetividad, se puede regresar ahora a las observaciones críticas (véase el apartado 4 de la primera sección de este capítulo) dirigidas a la posición de Ferrajoli. El ejemplo paradigmático de una concepción modesta de objetividad que he escogido, la de Coleman y Leiter, muestra cómo de ninguna manera se justifica la tesis de Ferrajoli, que coloca un nexo necesario entre *garantismo* y *objetivismo* (metafísico). Los dos autores citados, viéndolo bien, tienen objetivos muy similares a los del mismo Ferrajoli (el mantenimiento de un orden institucional de tipo garantista), pero para alcanzar tales objetivos de ninguna manera es preciso interpretar el razonamiento judicial desde el objetivismo metafísico; para ellos es suficiente una concepción más débil.

³⁷⁸ También según Marmor se necesita tener una concepción modesta de las pretensiones interpretativas, en el sentido de que no es posible plantear pretensiones de verdad a propósito del esquema teórico de referencia, esquema que en su opinión es necesariamente presupuesto en el ámbito de interpretación; se puede sólo predicar la verdad de cada aserción interpretativa, pero siempre, naturalmente, desde el punto de vista del esquema aceptado (*cfr.* Marmor, A., "Three Concepts of Objectivity", *Law and Interpretation...*, *cit.*, pp. 197-200).

³⁷⁹ A propósito del razonamiento jurídico, este autor se alinea expresamente tanto en contra de las concepciones subjetivistas como de las objetivistas (en el sentido fuerte); *cfr.* Greenawalt, K., *Law and Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 205.

En realidad, Ferrajoli, como ya hemos podido verificar, está listo a defender que si bien la noción de ‘verdad procesal’ constituye el fundamento para una interpretación *garantista* y *cognitivista* del funcionamiento de nuestro sistema y, por lo tanto, para una reconstrucción del mismo signo de nuestras prácticas judiciales, también unos elementos de carácter decisonal y valorativo intervienen en la actividad judicial; se trata de elementos, además, que parecerían abstractamente incompatibles con el modelo cognitivista. En la posición de Ferrajoli existe tanto la conciencia del papel desempeñado *en positivo* por las premisas epistemológicas descriptivistas como el reconocimiento de que algunos aspectos —a fin de cuentas relevantes— de las prácticas judiciales no pueden referirse a esas premisas. En todo caso, queda el hecho de que para Ferrajoli la intervención de estos elementos de carácter decisonista no pone en tela de juicio el modelo cognitivista.

Tal como están las cosas, sin embargo, uno se podría preguntar si la adhesión a este modelo, entonces, no trae consecuencias indeseables para la teoría de Ferrajoli. Viéndolo bien, de hecho, las alternativas que Ferrajoli tiene enfrente para este fin son dos, ambas igualmente insatisfactorias: I) o se afirma que mediante ese modelo no se logra proporcionar una reconstrucción adecuada del razonamiento judicial, por como se practica de hecho —al menos en nuestro contexto—, y entonces se necesitaría aclarar cuál otro papel debería desempeñar el modelo; II) se afirma, como alternativa, que este modelo es en cambio capaz de proporcionar una reconstrucción adecuada de esas prácticas; pero entonces se necesitaría explicar cómo es que estas prácticas vayan en concreto hacia una dirección completamente diversa: la del subjetivismo y/o relativismo.

En realidad hay que reconocer que Ferrajoli, preocupado por evitar una interpretación relativista y/o subjetivista de las prácticas judiciales, hace prevalecer un modelo que no es de ninguna manera viable, ni siquiera por la vía de la aproximación. Él mismo, entre otras cosas, no se da cuenta de que a menudo es

justamente la participación de ese modelo lo que produce, bajo la forma de reacciones en donde se reconoce la imposibilidad de lograr tal modelo, convicciones de corte relativista y/o subjetivista. Es particularmente raro, dicho sea de paso, que Ferrajoli no perciba esto, dado que es él mismo quien afirma que la posición del *decisionismo subjetivista* es a menudo fruto de las decepciones a la que se enfrenta una posición *iluminista de tipo tradicional*, para la cual la verdad se identificaría con la *certeza jurídica objetiva*.³⁸⁰

Decía antes que Ferrajoli admite que en las prácticas judiciales se hace uso a menudo de criterios alternativos al de la verdad, como lo son el de la *coherencia* y el de la *aceptabilidad justificada o racional*.³⁸¹ Se podría destacar a este propósito que como él no pone debidamente de relieve el hecho de que tales criterios no son concebidos normalmente, por lo menos en opinión de algunos de los principales exponentes de las teorías contemporáneas del razonamiento jurídico, como criterio de justificación alternativo entre ellos, éstos, en otros términos, no funcionan *desunidamente*, sino, por el contrario, *conjuntamente*, y situados además en orden jerárquico. De hecho, la *coherencia* (o, más precisamente, la relación de compatibilidad y, más aún, de “armonía” entre cada elección interpretativa o cada reconstrucción del hecho, por un lado; y todo el conjunto de materiales jurídicos o empíricos relevantes para la decisión y ya justificados, por el otro) es considerada normalmente como *el primer nivel de justificación*, al que a menudo se añade (en los “casos difíciles”) un *segundo nivel*, representado por la *aceptabilidad justificada* (que se comporta en realidad como *metacriterio*, en tanto que expresa la exigencia de que el consenso judicial sobre cada elección interpretativa o cada comprobación del hecho no sea arbitrario, sino más bien, por el contrario, fundamentado en otros criterios de *segundo nivel* (que remiten, entre otras cosas, a juicios de naturaleza teórica,

³⁸⁰ Ferrajoli, L., *Diritto e ragione...*, cit., p. 37.

³⁸¹ Ferrajoli, L., *La formazione e l'uso dei concetti e delle teorie...*, cit., pp. 412-415, y *Diritto e ragione...*, cit., pp. 22 y 23.

a apreciaciones de los contenidos normativos implicados en las diversas interpretaciones posibles, así como a valoraciones de las consecuencias de las decisiones, etcétera).³⁸²

Aquí no es éste, sin embargo, el punto interesante; no es mi intención en este trabajo entrar específicamente en la cuestión de los criterios que el razonamiento jurídico debe respetar. Lo que hay que subrayar, en cambio, es que Ferrajoli no toma suficientemente en cuenta lo que está en juego en la controversia epistemológica que contrapone a los partidarios de la concepción *semántica* de la *verdad como correspondencia* a los partidarios de la concepción *epistémica* de la *verdad como coherencia y/o aceptabilidad justificada*. Él, de hecho, critica (incluyéndome en el grupo) a quienes rechazan la noción semántica en favor de una noción epistémica, al sostener que éstos confunden entre *significado* y *criterios* de verdad.³⁸³ Para él, en suma, la *correspondencia* con la *realidad* constituiría el *significado* de la noción de verdad, mientras que la *coherencia* y la *aceptabilidad justificada* constituirían los *criterios de decisión* de la verdad. Con estas afirmaciones, sin embargo, Ferrajoli no se percata de que aquello que caracteriza a las concepciones epistémicas de la verdad es justamente el rechazo de la concepción semántica, el abandono de la idea según la cual tiene sentido todavía preguntarse que “algo es verdadero”, más allá —e independientemente— de los resultados que derivan del uso de los criterios de verdad que poseemos.³⁸⁴ Y justo por causa de malentendidos, Ferrajoli llega a

³⁸² Sobre la relación entre estos dos niveles de justificación, véase MacCormick, N., “Coherence in Legal Justification”, *Theory of Legal Science*, editado por Peczenik, A., Lindahl, L. y Van Roermund, B., Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 243 y 244; Aarnio, A., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, cit., pp. 177-180; Dworkin, R., *Law’s Empire*, cit., p. 229.

³⁸³ Ferrajoli, L., *La formazione e l’uso dei concetti e delle teorie...*, cit., pp. 412 y 413.

³⁸⁴ Putnam arroja luz sobre la naturaleza de la alternativa entre estas dos concepciones. Cfr. Putnam, H., *Reason, Truth and History*, cit., pp. 49-55, y “Realismo e relativismo concettuale: il problema del fatto e del valore”, *Livelli di realtà*, Piattelli Palmarini, M. (coord.), Milán, Feltrinelli, 1984, pp. 39-42.

la conclusión, del todo injustificada, de que las dos nociones son perfectamente compatibles, en tanto que pertenecen a dos dimensiones distintas del lenguaje científico (la dimensión *semántica* y la dimensión *pragmática*). Viéndolo bien, se trata de dos concepciones alternativas que postulan dos concepciones diversas tanto de la semántica como de la pragmática de ese mismo lenguaje. Entre estas concepciones se necesita elegir; y elegir por una o por otra significa tomar partido.

Por lo demás, Ferrajoli está plenamente consciente de las dificultades en las que se tropieza aquel que no quiere renunciar a la noción de verdad como idea-guía para praxis judiciales garantistas. Él, de hecho, subordina la posible utilización de la noción en el proceso penal a una serie de numerosas *condiciones* (por ejemplo, que tal sistema penal esté construido alrededor de principios de *estrecha legalidad* y de *estrecha jurisdiccionalidad*) y de *límites* que reducen con mucho su campo de aplicación.³⁸⁵ Tales límites dependen esencialmente del hecho de que el juez, en cualquier tipo de sistema penal que esté operando, mantenga como sea *espacios de carácter potestativo y discrecional que no se pueden suprimir*, tanto en la interpretación de las normas como en la constatación de los hechos y de las pruebas. Ferrajoli piensa, sin embargo, que estos espacios de discrecionalidad pueden ser sensiblemente reducidos, una vez que el sistema de las garantías y los principios del Estado de derecho esté en condiciones de funcionar “en su máxima capacidad” y que, por ejemplo, como consecuencia de ello, el legislador se disponga a usar un lenguaje riguroso y unívoco en la fase de la producción legislativa del derecho, dejando así un espacio menor a las elecciones interpretativas discrecionales.

Personalmente —y aquí señalo otro punto fundamental del marcado disenso con la perspectiva de Ferrajoli— tengo serias dudas sobre la posibilidad de una reducción tan significativa de los espacios de discrecionalidad judicial. El hecho es que di-

³⁸⁵ Ferrajoli, L., *Diritto e ragione...*, cit., pp. 7-13 y 25-37.

chos espacios no dependen sino parcialmente, como por lo demás termina reconociendo el mismo Ferrajoli, de la técnica de legislación adoptada; esta última, a lo sumo, puede introducir un “superávit de ambigüedad semántica” en un tejido lingüístico estructuralmente abierto y polisémico, tanto desde el punto de vista de la *intensión* como de la *extensión* de las nociones contenidas en ello.

Aquí, evidentemente, el disenso toca una vez más cuestiones de fondo, atinentes en este caso a la filosofía del lenguaje. En mi opinión, el hecho es que no es posible establecer en abstracto (es decir, independientemente de los diversos contextos de uso y por lo tanto de interpretación) si un enunciado o una noción particular tengan un significado claro o no, a condición de que, sin embargo, nos estemos refiriendo a un *significado plenamente acabado*, visto como resultado final del proceso de interpretación. La univocidad del significado —acabado— de un enunciado, en suma, no es un dato preexistente a la interpretación; al contrario, es el mismo procedimiento interpretativo el que dirige una y otra vez la cuestión, sin pretender nunca alcanzar resultados completamente objetivos que vinculen la futura interpretación.

Justo por esta razón, considero que la noción de ‘verdad como correspondencia’, aun prescindiendo de las serias dificultades ligadas a su incierto estatuto epistemológico, no está de cualquier forma en condiciones de desempeñar ningún papel de guía o de control de las praxis interpretativas y aplicativas de carácter judicial. Un ideal-límite (así lo define Ferrajoli) que no puede ser perseguido ni siquiera de manera aproximativa, no puede tener ninguna función de guía de una praxis; más bien, yo diría, puede determinar reacciones opuestas (porque la desilusión resultante de la conciencia de no poder perseguirlo puede provocar la caída en un escepticismo y en un relativismo radical).

Llegados a este punto, mi camino y el de Ferrajoli se separan. Ha llegado el momento de hacer un balance, *en positivo*, de estas dispersas observaciones dedicadas al razonamiento jurídico y poner en evidencia, muy brevemente, qué implicaciones pue-

den derivar para la teoría del razonamiento jurídico por la adhesión a una perspectiva epistemológica constructivista y, más precisamente, por compartir un modelo *débil* de objetividad (una *objetividad modesta*). Al hacer esto entenderé la noción de ‘razonamiento jurídico’, como ya lo había hecho antes, en su sentido más amplio, y, por esta razón, haré referencia tanto al *razonamiento de los juristas (razonamiento teórico)* como al de los jueces (*razonamiento práctico*). No hablaré por lo tanto, y no está demás recalcarlo nuevamente, de las temáticas específicas de la estructura y de los criterios del razonamiento jurídico, sino sólo de las consecuencias que una perspectiva constructivista puede producir en la teoría que se ocupa de este razonamiento.

¿Cuáles son, entonces, las principales implicaciones que derivan, para la teoría del razonamiento jurídico, del hecho de compartir la concepción constructivista?

Una implicación fundamental e importante es el pleno reconocimiento de que este razonamiento contiene una *dimensión cognoscitiva*, ya sea desde el razonamiento de los juristas como desde el razonamiento de los jueces. En efecto, la actividad interpretativa, en la medida en que su objetivo no sea el *crear nuevo derecho* (en el sentido fuerte del término), sino el de *dar cuenta* (de manera constructiva, por cierto) en algunos de sus segmentos específicos, de *un determinado derecho positivo*, de alguna forma existente, es una actividad cognoscitiva (y esto es válido tanto para los juristas como para los jueces) y, como tal, presupone también cuadros teóricos y esquemas conceptuales “de fondo”. Aun cuando (como en el caso del razonamiento judicial) el objetivo final sea el de justificar la decisión de un caso concreto, la interpretación —en función cognoscitiva— del derecho positivo existente (obviamente, el que sea relevante para la decisión) constituye, sea como sea, de cualquier manera, una premisa necesaria para obtener un resultado determinado.

Se trata, viéndolo bien, de una tesis que tiene implicaciones muy relevantes para los temas de los cuales me ocupé en este trabajo. Si, de hecho, el razonamiento jurídico es una instancia específica

—por lo menos en algunos aspectos— de actividad cognoscitiva, a ésta se podrán aplicar esas —o por lo menos algunas de esas— tesis de carácter general que han sido planteadas para delinear la imagen constructivista del conocimiento; y esto quiere decir, por ejemplo, que los criterios —de control y aceptación de las varias pretensiones cognoscitivas— adoptados en las diferentes disciplinas, aun respetando los espacios fisiológicos de pluralismo (el *pluralismo metodológico* de ascendencia postpositivista) que se reconocen a causa de las características particulares del campo de experiencia (del cual, a su vez, uno se ocupa), tendrán, entonces, una raíz epistemológica común y, por lo tanto, una estructura fundamentalmente unitaria. Habrá, pidiendo prestada la famosa imagen wittgensteiniana, una suerte de “aire de familia” entre los criterios adoptados en las diferentes disciplinas o al menos una semejanza muy marcada en las modalidades de su funcionamiento. Esta semejanza, por lo tanto, subsistirá también entre razonamiento jurídico y los razonamientos exhibidos por otras disciplinas cognoscitivas, también en el campo de las ciencias naturales.

Para mostrar que esto es así, basta comparar las observaciones hechas en el ámbito epistemológico general (pero dirigiendo la atención a las disciplinas científicas) cuando se habló del criterio del *equilibrio reflexivo* visto como uno de los criterios de control y de aceptación de las afirmaciones científicas (véase el capítulo I, sección IV, apartado 9), con las realizadas en los últimos apartados sobre la *coherencia* considerada como criterio-guía, al menos *prima facie*, del razonamiento jurídico. Trataré, ahora, de examinar los principales puntos de contacto entre los dos tipos de razonamiento (razonamiento científico y razonamiento jurídico), limitándome a referir lo que he ya dicho en las diversas ocasiones en las que me he ocupado de ellos. Lo que procuraré sugerir, muy escuetamente, es que *el principio del equilibrio reflexivo* constituye la base epistemológica de referencia común para algunos de los criterios (metodológicos) de control y de justificación que se adoptan en los campos disciplinarios, con las configuraciones específicas que estos criterios asumen cuando se

aplican a los diferentes contextos disciplinarios ya mencionados. Examinemos, pues, algunos de estos puntos de contacto.

En primer lugar, en ambos casos (tanto en el razonamiento científico como en el razonamiento jurídico) asistimos a procesos de *mutuo ajuste* entre los elementos del “sistema en uso”, procesos que exhiben una especie de *circularidad virtuosa* con base en la cual algunos componentes internos al sistema se utilizan para controlar o justificar otros. Esto quiere decir que la justificación de cada una de estas afirmaciones o adquisiciones (por ejemplo: por un lado, los resultados de observaciones y de experimentos; por el otro, las decisiones de casos concretos o de cada una de las opciones de carácter interpretativo) se efectúan sirviéndose de elementos de carácter general, cuya presencia ha sido ya consolidada en el interior del sistema (por ejemplo: por un lado, sobre leyes y teorías científicas; y por el otro sobre principios jurídicos); y estos elementos de carácter general, a su vez, pueden ser ulteriormente justificados o eventualmente puestos en tela de juicio a partir de los resultados que se producen en el sistema por la introducción de cada uno de estos elementos. Ambos elementos, además, están *circularmente* vinculados a premisas de carácter aún más general, como el teórico y/o valorativo (las hipótesis teóricas “de fondo” y las opciones valorativas fundamentales que están en la cumbre del “esquema en uso”), que pueden también, aunque con menos frecuencia, ser puestas en tela de juicio por la interacción con los otros elementos en el sistema.

En segundo lugar, no está permitido, en ambos casos, por lo menos en circunstancias normales (y por lo tanto no en presencia de una “situación revolucionaria”), que las valoraciones exclusivamente subjetivas (y por lo tanto, desconectadas de todo tipo de vínculo sistémico) de la manera como opera la justificación (por ejemplo, si aceptar los resultados de un cierto experimento aun en contraste con una teoría bien confirmada o si aceptar un resultado interpretativo o una determinada solución en un caso concreto, aun en contraste con un principio consolidado), lleven las de ganar sobre las valoraciones que concuerdan con las cate-

gorías, las leyes y los principios que están en el centro del “sistema en uso”.

En tercer lugar, en ambos casos, el vínculo que deriva de la aceptación de la coherencia como el criterio que ha de seguir, *prima facie*, para la justificación, aun consintiendo utilizar, a su vez, los elementos de un “sistema en uso” el uno a favor del otro —o el uno contra el otro—, no puede considerarse nunca como un vínculo *totalmente interno* al esquema en función; y no se le puede considerar como tal por las razones que ya he destacado (véase el capítulo I, sección IV, apartado 9) a propósito de las observaciones críticas dirigidas a la versión del equilibrio reflexivo sostenida por Elgin.

Vale la pena detenerse con mayor profundidad en esta cuestión, porque es de extrema importancia tomar, por enésima vez, las debidas distancias de las posiciones relativistas. Al citar las concepciones de Elgin, veía con aprobación su distinción entre la *justificación interna* al “esquema en uso” y la *justificación externa*. Esta distinción se vuelve a proponer aquí porque permite señalar, en la interpretación que de ella daré, cómo el vínculo de la coherencia no está de ninguna manera *todo interno* al esquema. Este discurso, asimismo, corresponde perfectamente a los objetivos de justificación exhibidos por el razonamiento jurídico, si se tiene el cuidado de destacar que la distinción que estoy trazando es distinta de la que normalmente es aplicada en el ámbito de teoría de razonamiento jurídico. En este contexto, de hecho, se distingue igualmente una *justificación interna* de una *justificación externa*,³⁸⁶ pero en un sentido profundamente distinto. Según esta última manera de configurar la distinción, el primer tipo de justificación concierne al proceso para el cual la decisión judicial viene deducida, como conclusión *silogística*, sobre

³⁸⁶ Para este otro tipo de distinción véase, entre otros, Wroblewski, J., “Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche”, Gianformaggio, L. y Lecal-dano, E. (coords.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 214, y Comanducci, P., *Assaggi di metaetica*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 195-219.

la base de la conjunción de la *premisa mayor* (la norma aplicable que representa la *circunstancia abstracta*) y de la *premisa menor* (un enunciado factual que tiene como objeto una acción que representa la *circunstancia concreta*). El segundo tipo de justificación, en cambio, concierne a la justificación de las dos premisas del silogismo.

No es mi intención cuestionar la utilidad de esta distinción ni examinar en particular la estructura y el funcionamiento de las dos clases de justificaciones implicadas en ella. Me interesa resaltar solamente que esta distinción es diferente de la que yo propongo. Desde mi punto de vista, de hecho, la *justificación interna* es un proceso que se desarrolla por completo en el interior del “esquema en uso”, haciendo que los varios elementos del sistema intervengan, de acuerdo con el esquema del equilibrio reflexivo, uno contra otro —o uno a favor del otro—. En ese sentido, está claro que una buena parte del proceso de justificación, que según esta distinción tradicional debería ser calificado como *externo*, es, en cambio, desde mi punto de vista, como *interno* (al “esquema en uso”).

¿Cómo caracterizar, en cambio, según la distinción que he propuesto, la justificación externa? Bastará con regresar a lo que he expresado (véase el capítulo I, sección IV, apartado 9). La justificación externa, antes que nada, concierne tanto a los contenidos del “esquema en uso” como, *reflexivamente*, a los criterios de justificación adoptados. En el primer caso, este tipo de justificación entra en función, por lo general, con un papel suplementario, cuando el criterio del equilibrio reflexivo no es suficiente para producir un resultado unívoco satisfactorio dentro del sistema en el cual nos movemos. Esto puede ocurrir por varias razones: por ejemplo, porque el “esquema en uso” permite escoger entre varias adquisiciones (más hipótesis teóricas, más opciones interpretativas, más decisiones del caso concreto) igualmente coherentes, considerando los recursos disponibles en el sistema; o bien porque el arreglo mutuo entre elementos individuales y elementos generales produce contrastes o contradicciones insal-

vables, y por lo tanto surge el problema de modificar de manera sustancial el esquema adoptado o incluso sustituirlo, sobre todo en presencia de esquemas que parecen más satisfactorios.

Se trata, en el fondo, de acontecimientos que a menudo son recurrentes en todos los campos disciplinarios en los que se producen razonamientos cognoscitivos, desde las ciencias naturales a las disciplinas interpretativas. Para ir directamente a nuestro ámbito de indagación, el campo de experiencia jurídica, nos encontramos frecuentemente en situaciones en donde la irrupción en la escena de la práctica judicial de casos concretos, cuya solución no es de manera satisfactoria usando el esquema de reglas y principios disponibles, lo que postula en su interpretación tradicional es la exigencia de nuevas reconstrucciones interpretativas de los principios consolidados, o bien de la introducción, donde sea posible, de nuevos principios (piénsese en las repercusiones, en el derecho de familia, de los nuevos requerimientos de protección jurídica provenientes de las “familias de hecho”); y estas situaciones pueden requerir también, a veces, modificaciones aún más importantes que tocan más de cerca el centro del cuadro teórico de referencia y que por lo tanto reclaman la intervención de formas de *justificación externa*. Esto ocurre cuando la nueva reconstrucción interpretativa del principio ya existente o la construcción del principio nuevo terminan produciendo modificaciones aún más profundas en las asunciones teóricas “de un sector dado” (en el contexto de *dogmática jurídica*), o en las categorías teóricas más generales (en ámbito de *teoría del derecho*), hasta llegar a determinar, en algunos casos, cambios en algunos puntos nodales, como el de la noción de *validez jurídica* (pasando, por ejemplo, de una concepción normativista a una concepción realista), o el de la función del derecho (identificando, por ejemplo, una función promocional de derecho al lado de una represiva), o el del papel que el jurista debe llevar a cabo dentro del sistema (¿descriptivo, prescriptivo y/o valorativo?), o incluso en el interior de la sociedad (¿papel técnico o papel político?); y para hacer esto, nótese bien, la justificación externa no tiene necesi-

dad de quedar obligatoriamente dentro del campo de experiencia jurídica; por el contrario, ésta puede confiar muy bien en concepciones provenientes de otros ámbitos disciplinarios (en el área de la ciencias sociales, por ejemplo) o incluso en elementos ligados al conocimiento de sentido común (los conceptos de sentido común de los que he hablado en la sección I del capítulo I). Me falta aquí el espacio para explayarme sobre ejemplos particulares, pero creo que algunos acontecimientos recientes de nuestra cultura jurídica (inherentes, por ejemplo, al derecho del trabajo) constituyen instancias paradigmáticas de la intervención de formas externas de justificación.

Con lo que acabo de decir no quiero, sin embargo, sostener que la justificación externa tenga solamente un papel *negativo*, es decir, que sirva solamente para sustituir o modificar el “esquema en uso”; ésta puede ser utilizada también, en realidad, para proveer un nuevo soporte a los elementos del esquema en el cual está en discusión la confiabilidad explicativa o el potencial de justificación, que necesitan, por lo tanto, ulteriores formas de soporte “de tipo externo”.

En ninguno de estos casos, sin embargo, los cambios producidos por la justificación externa son consecuencia de una confrontación directa entre el esquema en uso y una supuesta realidad —social o jurídica— *externa a todos los esquemas*. Una perspectiva constructivista no puede admitir, como he observado más de una vez, tal confrontación. La confrontación se da siempre entre esquemas conceptuales en competencia, o bien entre cada uno de los esquemas y marcos conceptuales más amplios que lo incluyen. No hay, como ya sabemos, *un punto de vista arquimedeo* a partir del cual controlar el “esquema en uso” o, en este sentido, cualquier otro tipo de esquema.

Hemos visto hasta aquí la justificación externa concerniente a los contenidos del esquema; pasemos ahora a la *justificación reflexiva* de los criterios de justificación adoptados. Hay que aclarar de inmediato que cuando está en juego la justificación de los criterios epistémicos centrales (véase el criterio de la *coherencia* visto

como *equilibrio reflexivo*) adoptados en un determinado ámbito disciplinario, la justificación misma no puede asumir nunca un carácter completamente *interno*. Sostener algo así sería como adherirse a una forma fuerte de relativismo. En realidad, como he observado más de una vez, estos criterios centrales no sólo no pueden ser patrimonio exclusivo de un “esquema en uso”, sino tampoco de un determinado ámbito disciplinario. Éstos, por el contrario, encuentran sus raíces en un plano epistemológico, en una determinada imagen de conocimiento (el constructivismo, por ejemplo), que les da un carácter general. Sin embargo, cuando éstos entran en contacto con ámbitos disciplinarios específicos, encuentran luego una determinada concretización metodológica, recibiendo un cierto tipo de “coloración” específica. Para pasar al ejemplo que más nos interesa, el criterio del equilibrio reflexivo tiene sin duda una *raíz epistemológica común*, y por lo tanto una estructura reconocible y compartida en todos los contextos en los cuales se aplica, pero recibe luego una connotación *metodológica* específica en contacto con los problemas y las características del campo disciplinario a los cuales se aplica: la búsqueda de la coherencia en el razonamiento judicial, por ejemplo, se carga de vínculos y de restricciones (piénsese en el vínculo de la *cosa juzgada*) que son distintos respecto de los que operan en el razonamiento de las ciencias naturales (piénsese en aquellos relativos a los controles de tipo experimental).

No es admisible, en otros términos, que de un cierto “esquema en uso” derive también una configuración acabada de todos los vínculos centrales a los que el esquema debe someterse. Cualquiera que proponga una configuración específica de uno de estos criterios lo hace siempre con el propósito de que éste valga no sólo para el “esquema en uso”, sino, desde el punto de vista *metodológico*, como criterio general de valoración para todos los esquemas que forman parte de un determinado ámbito disciplinario, y, desde el punto de vista *epistemológico*,³⁸⁷ como criterio

³⁸⁷ Aquí, como en otros pasajes del volumen, está implicada una cierta manera de concebir las relaciones entre *epistemología* y *metodología*, y para acla-

general de justificación para todos los ámbitos disciplinarios en el que se expresan pretensiones cognoscitivas.

5. *Consecuencias teóricas de la adopción del descriptivismo en el ámbito jurídico. Los ejemplos de Ross y de Guastini*

Regresemos ahora brevemente, después de un largo *excursus* sobre el razonamiento jurídico, a hablar de las consecuencias teóricas que el descriptivismo produce en el ámbito jurídico. Antes había distinguido, en la sección anterior del capítulo (en el apartado 4), entre tres maneras distintas en que los presupuestos epistemológicos y semánticos descriptivistas podían combinarse con las teorías del derecho. Ya hice referencia, al discutir sobre el pensamiento de Ferrajoli, a la primera serie de casos en que la adopción de una perspectiva descriptivista, en un plano epistemológico y semántico general, conduce *directamente* a una teoría del derecho y a una reconstrucción de las prácticas jurídicas que son perfectamente homogéneas, por lo menos en gran parte, a las opciones epistemológicas de fondo. Tenemos ahora que hablar, muy brevemente, de la segunda y de la tercera serie de casos.

En la segunda serie de casos, como ya he dicho, la adopción de una perspectiva descriptivista produce, conjuntamente, dos tipos de efectos: I) funge de soporte, en el plano de la reconstrucción de las actividades de los juristas y de los operadores jurídicos, a una visión sin lugar a dudas “escéptica” del significado de tales actividades, pertenecientes a universos de discurso disímbolos de aquel del conocimiento (el universo de la *política del derecho*, o el de las actividades *creativas* de nuevo derecho); II) y constituye el punto de referencia, en el plano de la *metodología rígidamente prescriptiva*, por el intento de orientar las praxis de tales sujetos en una dirección que concuerde en su mayor parte con el modelo epistemológico escogido.

arla, remito a un trabajo anterior de mi autoría (*Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, cit., pp. 6, 7 y 13-20).

Un buen ejemplo de esta clase de postura metodológica lo constituye la posición de Ross,³⁸⁸ de la cual me limitaré a extraer algunas breves observaciones, remitiéndolo, para tratarlo más a profundidad, a algunos de mis trabajos anteriores.³⁸⁹ En el pensamiento de Ross están claramente plasmadas ambas convicciones, como a continuación procuraré demostrar.

Al colocarse en un plano metodológico típicamente *reconstructivo*, Ross sostiene que los juristas tienden prevalentemente a desarrollar tareas de *política del derecho*, en tanto se preocupan más de influenciar los comportamientos y las decisiones de los jueces, que de predecir comportamientos y decisiones futuras apejándose a criterios de cientificidad. Esto pasa, por ejemplo, cuando se trata de construir la noción de ‘derecho válido’,³⁹⁰ es decir, determinar reglas y contenido semántico de la actividad de interpretación jurídica.³⁹¹

Al situarse, en cambio, en un plano rígidamente *prescriptivo*, Ross sugiere a los juristas poner en acción una verdadera y propia reconversión metodológica de sus actividades y comportarse, por lo tanto, como *científicos sociales empíricos*, antes que como “persuasores ocultos”. El camino maestro para conseguir este resultado, para Ross, es adoptar los criterios de control de las aserciones propios de la manera de proceder de los científicos naturalistas y, en particular, hacer suyo lo que constituye el principio-guía fundamental de su actividad: el *principio de verificación*.³⁹² Ross, como es sabido, trata también de hacer ver cómo tal principio puede encontrar aplicación en la ciencia jurídica, lo que lleva a cabo escogiendo el ejemplo de la noción teórica de ‘validez jurídica’.³⁹³

³⁸⁸ La posición metodológica de Alf Ross se deduce de su ya clásico *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958.

³⁸⁹ Véase en particular “Implicazioni meta-teoriche nella teoría del diritto di Alf Ross”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 1979, pp. 258-288, y *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, cit., cap. II.

³⁹⁰ Ross, A., *On Law and Justice*, cit., p. 46.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 155-157.

³⁹² *Ibidem*, pp. IX, 40 y 67.

³⁹³ *Ibidem*, pp. 38-50.

En la tercera serie de casos, como ya hemos podido verificar, la adopción de la perspectiva descriptivista, en el ámbito de la metodología jurídica, produce posiciones que expresan un decidido rechazo, lo que contribuye a determinar reconstrucciones del trabajo de los juristas y de los jueces, cuyos resultados contrastan radicalmente con aquellos que se producirían, en cambio, en caso de que fuera posible —cosa que por estas posiciones de hecho no lo es, por las razones más diversas— adoptar dicha perspectiva también en el ámbito jurídico. También en este tipo de posiciones, en definitiva, el trabajo de los juristas se configura en términos de un conjunto de operaciones de carácter *en el* derecho existente, cuando no de carácter radicalmente creativo, de producción de nuevo derecho; solamente que ya no se alberga la esperanza de poder determinar la *reconvención metodológica* de la que se hablara a propósito de Ross. Se puede destacar aquí, como se ha hecho en el ámbito epistemológico general (*cfr.* apartado 5 de la sección III), que el estudioso se comporta en estos casos como una especie de *objetivista decepcionado*. Éste, justo por el hecho de aceptar criterios y vínculos demasiado fuertes para el conocimiento (tanto en línea general como, con mayor razón, en el conocimiento jurídico), se ve obligado posteriormente a admitir que dichas garantías y vínculos no son viables para el ámbito jurídico, aunque se mantengan para las *hard sciences*.

La perspectiva metodológica de Guastini me parece un ejemplo muy iluminador de esta tercera serie de posiciones. Para este propósito me limito aquí a corroborar lo que ya tuve ocasión de decir antes (véase la nota 283, a la que remito, también, para las referencias bibliográficas). En opinión de Guastini, la dogmática jurídica no puede ser una *verdadera ciencia* porque no describe su objeto, sino lo transforma y lo manipula; los juristas, en realidad, en lugar de hacer ciencia, desarrollan actividades de *política del derecho*, y esto porque no sólo se limitan a tomar conocimiento del propio objeto, sino que lo transforman. Vale la pena, para este propósito, citar un pasaje muy esclarecedor de Guastini para comprender plenamente su posición sobre esta cuestión.

Guastini dice que la manipulación de las fuentes puesta en acción por la dogmática jurídica

se hace posible, naturalmente, por el hecho de que la ciencia jurídica es un discurso que tiene por objeto no sólo hechos extralingüísticos, sino otro discurso: el discurso de las fuentes. Las ciencias naturales sociales son discursos que tienen por objeto hechos materiales: y concretamente no existe homogeneidad ontológica entre el discurso de la ciencia y los hechos materiales que constituyen su objeto. Por el contrario, la ciencia jurídica y el derecho son cosas homogéneas desde un punto de vista ontológico: tanto una como el otro no son más que discursos, meros lenguajes. Y esto hace posible una ósmosis continua entre uno y otro.³⁹⁴

En conclusión, para Guastini, desde el momento en que el conocimiento es esencialmente “descripción del propio objeto”, entonces cualquier actividad que contenga implicaciones constructivas respecto del propio campo de experiencia no puede, por esto mismo, ser calificada como actividad cognoscitiva.³⁹⁵

Sobre las tesis de Ross y de Guastini, no creo que sea necesario detenerse más, dado los objetivos que me he propuesto. Lo que me apremiaba era ilustrar con ejemplos significativos cómo el descriptivismo es capaz de influenciar profundamente, *en positivo* y *en negativo*, las posiciones sostenidas por el positivismo

³⁹⁴ Guastini, R., *Dalle fonti alle norme, cit.*, p. 215.

³⁹⁵ Una posición muy similar a la de Guastini es la de Pattaro. Son muy iluminadoras, en este aspecto, algunas afirmaciones de este autor, que conviene citar por entero. También según Pattaro la ciencia jurídica, que estudia “lo regulado, es decir, el contenido de las reglas jurídicas, no es una ciencia que conoce el propio objeto formulando hipótesis y leyes, e infiriendo de éstas previsiones y explicaciones para someterlas al control empírico, ni es una ciencia formal auxiliar que proporciona instrumentos para las operaciones ya mencionadas. Es una ciencia que crea o al menos contribuye a crear el propio objeto, es decir el contenido de las reglas jurídicas, porque las normas no existen en el mismo sentido que los objetos de la naturaleza física, no están fuera de la ciencia jurídica que las estudia, sino en cierta medida son un producto de la actividad del jurista” (Pattaro, E., “Per una mappa del sapere giuridico”, *La teoría generale del diritto...*, *cit.*, p. 270).

jurídico contemporáneo, tanto en el ámbito de la metodología como en de la teoría del derecho. Tampoco creo que sea el caso insistir con otras observaciones críticas, debido al hecho de que observaciones de este tipo han sido ya ampliamente desarrolladas a lo largo de las primeras dos secciones del capítulo. En cambio, lo que deseo hacer en la siguiente sección es examinar las posibles implicaciones más generales que derivan, para las teorías jurídicas, de la aplicación de la perspectiva constructivista. Considero que esta, entre otras cosas, sea la mejor manera de poner definitivamente en discusión la perspectiva descriptivista, mostrando justamente cómo la primera, en nuestro ámbito de indagación, produce resultados más fecundos que la segunda.

III. UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVISTA DEL IUSPOSITIVISMO

1. *Constructivismo y conocimiento jurídico*

Quedando por el momento en un nivel muy general, examinaré en esta sección las que son, en mi opinión, las principales implicaciones que pueden derivar, para las teorías jurídicas, de la adopción de una perspectiva epistemológica constructivista.

Una primera implicación —de por sí muy obvia y descontada, en la economía de este trabajo— es la que ya he puesto en evidencia al hablar del razonamiento jurídico en particular. Desde un punto de vista constructivista, es ciertamente posible atribuir una valencia cognoscitiva a las —o mejor: de una parte de las— variadas actividades llevadas a cabo en el ámbito de experiencia jurídica por teóricos del derecho, juristas y operadores jurídicos. Con esto quiero decir que también en este ámbito, estudiosos y operadores —en formas y con finalidades distintas— *pueden* tratar legítimamente de contestar directa o indirectamente a la pregunta de “cómo está hecho este campo de experiencia”.

A esta pregunta, naturalmente, se puede contestar de diferentes maneras, de acuerdo con el tipo de sujetos que la formulan

y del tipo de actividad cognoscitiva que de ésta se desprende. En primer lugar, se puede tratar de identificar, desde el punto de vista de los *teóricos del derecho*: I) cuáles son los objetos principales (por ejemplo, hechos psicosociales, entidades lingüísticas, entidades normativas) que conforman este campo de indagación, visto en su composición más amplia, que comprende más experiencias jurídicas afines entre sí (como hoy en día lo son sin duda los modelos occidentales de organizaciones jurídicas); II) cuáles propiedades (¿la normatividad?) exhiben tales objetos; III) cuáles actividades (productivas, interpretativas, argumentativas, etcétera) llevan a cabo sobre estos mismos objetos y cuál es el tipo de configuración más apropiada para dichas actividades, y así sucesivamente.

En segundo lugar, desde el punto de vista de los *estudiosos del derecho* y de los *juristas*, se puede tratar de aclarar los contenidos de significado de enunciados que forman parte de un determinado sector, de un cierto derecho positivo (por ejemplo, del derecho constitucional italiano); y luego ordenar y sistematizar dichos contenidos con base en principios y categorías unificadoras.

En tercer lugar, desde el punto de vista de los *operadores jurídicos* y en particular de los *jueces*, se podría argumentar (*razonamiento jurídico práctico*) a favor de una cierta decisión, recurriendo al legado de conocimientos dogmáticos y teóricos disponibles en un determinado derecho positivo.

Naturalmente, si se leen estas actividades —como considero que debería de hacerse— a la luz de una perspectiva constructivista, entonces uno se da cuenta sin duda de que todas ellas operan por medio de esquemas conceptuales que ofrecen siempre una lectura selectiva y parcial del material disponible en su momento. Desde este punto de vista, como ya sabemos, no es posible hacer referencia a una *realidad jurídica* (sin importar cómo se defina) que posea su propia configuración autónoma, independientemente del esquema adoptado. La manera en la cual el campo de experiencia jurídico está reconstruido (en los diferentes niveles de generalidad disponibles) depende del tipo de esquema adoptado.

Si se admite una clave de lectura constructivista, en definitiva, es absolutamente legítimo sostener que también en este campo se *pueden* dar actividades genuinamente cognoscitivas, en todo y por todo análogas, desde el punto de vista epistemológico, a las que se desarrollan en otros campos cognoscitivos tal vez más consolidados.

En otras palabras, estoy convencido de que, como se deducirá del presente trabajo, es *posible* también en nuestro campo de investigación, identificar trayectos cognoscitivos que expresen, por un lado, un pluralismo de esquemas conceptuales y de teorías (como veremos en el caso del iuspositivismo), y, por otro lado, el respeto a toda esa serie de vínculos (teórico-culturales, lingüísticos, biológicos, sociológicos, epistémicos y pragmáticos) que han sido ya identificados en un plano epistemológico general.

Aquí se imponen, sin embargo, dos aclaraciones importantes. En primer lugar, al hablar de la dimensión cognoscitiva de las diferentes actividades jurídicas he puesto siempre en cursiva, como se habrá notado, la expresión 'posible' y otras afines a ésta. Mi opinión es que subrayar la *posibilidad* de la presencia de esta dimensión no significa estar dispuestos a aceptar una reconstrucción de las actividades jurídicas conforme a la cual éstas consistirían, de manera absolutamente *predominante*, en procesos de naturaleza cognoscitiva, o bien presupondrían necesariamente dichos procesos. En el ámbito de la experiencia jurídica, como es del todo obvio, ocurre no sólo que se desarrollen, por necesidad, actividades de carácter diferente (por ejemplo, las actividades de creación de nuevo derecho), sino también que las actividades que podrían ser caracterizadas por la presencia de elementos cognoscitivos terminen por no contenerlos: por ejemplo, la interpretación jurídica, de hecho, puede resolverse en una actividad de manipulación ideológica del derecho; es decir, el trabajo del jurista puede proponerse influenciar las decisiones judiciales como único objetivo, y así sucesivamente. La perspectiva constructivista no puede transformar ciertamente en conocimiento lo que pertenece a otro orden de actividad distinta, pero puede poner a dispo-

sición de los estudiosos interesados, categorías epistemológicas y metodológicas, así como instrumentos de investigación para captar la presencia eventual de estos elementos cognoscitivos, para posteriormente comprender su naturaleza y el papel que han desempeñado en esas actividades.

En este texto, debido a la exigencia prioritaria de aclarar la naturaleza y el significado de las categorías y de los instrumentos de indagación de origen constructivista, no podré desarrollar un trabajo detallado sobre este campo; me ceñiré a hacer algunas consideraciones generales sobre el iuspositivismo (proporcionando su interpretación constructivista) y a presentar un ejemplo concreto (relativo a los juicios de valor) de cómo una perspectiva constructivista puede aclarar algunos aspectos relevantes acerca de la labor de los juristas y de los operadores jurídicos.

La segunda aclaración concierne a la conocida polémica de la *cientificidad de la jurisprudencia*. De la afirmación sobre la valencia cognoscitiva de los —o mejor, de una parte de los— discursos de los juristas no deriva en absoluto, como resultado necesario, una respuesta positiva a la pregunta que se plantea si la teoría del derecho y/o la jurisprudencia son *verdaderas ciencias*. A diferencia de trabajos anteriores,³⁹⁶ no es mi intención en este lugar sostener dicha tesis. En todo caso, mi actual opinión es que catalogar el trabajo de los teóricos y de los juristas como *científico* (lo que sería abstractamente posible) llevaría muy probablemente a subestimar las importantes diferencias metodológicas que subsisten entre las diversas disciplinas jurídicas y las *hard sciences*. En realidad, lo que me interesa en este lugar es evidenciar la dimensión cognoscitiva de las varias actividades jurídicas, sobre la base del presupuesto, absolutamente descontado desde una óptica constructivista, de que ‘conocimiento’ no se identifica en ningún aspecto con ‘ciencia’ (la segunda es sólo un componente del primero).

³⁹⁶ Me refiero en particular a mi texto: *Teorie della scienza giuridica a teorie delle scienze naturali...*, cit.

Como es notorio hasta este punto, mi versión del constructivismo hace el intento de aislar un nivel de categorías epistemológicas comunes a todas las disciplinas —de alguna forma— cognitivas. En este sentido, se puede decir desde luego que todas estas disciplinas persiguen objetivos comunes (por ejemplo, tratar de explicar, de manera simplificada y selectiva, un determinado campo de experiencia), aunque luego intenten descalificarlos adoptando criterios metodológicos diversos. Mi posición prevé, así, una unidad tendencial entre las disciplinas cognitivas en el plano epistemológico y un robusto pluralismo en el plano de los métodos (*pluralismo metodológico*).³⁹⁷

2. *Constructivismo y iuspositivismo analítico contemporáneo*

Mi intento por utilizar en el ámbito jurídico la perspectiva epistemológica constructivista expresa sin duda una posición minoritaria dentro del panorama de las teorías jurídicas contemporáneas de inspiración analítica. Este panorama, de hecho, ha sido hasta ahora dominado por la molesta presencia del modelo constituido por la conjunción de las premisas epistemológicas realistas con las premisas semánticas descriptivistas. En estos últimos años, sin embargo, el debate epistemológico semántico contemporáneo ha podido captar una mayor atención, que no es monopolizada ciertamente por el descriptivismo, sino que expresa más bien un pluralismo muy acentuado de posiciones. Esta atención se ha concretizado a veces en algunas —tal vez muy tímidas— aperturas hacia teorías del conocimiento y del lenguaje distintas de las de corte descriptivista, e incluso, en algunos casos, hacia posiciones más decididas a favor de las orientaciones postpositivistas o incluso constructivistas.

³⁹⁷ Para la aclaración de este importante aspecto remito a mi trabajo: *Legal Science Between Natural and Human Sciences...*, cit., pp. 243-270. Véase también el primer capítulo de mi *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali...*, cit.

En este apartado quiero explicar brevemente algunas de estas aperturas, y lo haré citando algunas afirmaciones de corte constructivista, manifestadas por estudiosos que pertenecen, quien más quien menos, al área del iuspositivismo de orientación analítica. Al final de este análisis, sin embargo, no me quedará más que resaltar que estas aperturas, con algunas excepciones significativas (constituidas, por ejemplo, por Stavropoulos y por Patterson), son en verdad muy tímidas e irresolutas, porque están aún demasiado marcadas por la influencia del modelo descriptivista. Estas afirmaciones, en suma, tienen aún un carácter demasiado episódico y fragmentario, y no logran, por lo tanto —o quizá no quieren—, expresar una posición epistemológica coherente y acabada, claramente alternativa al descriptivismo. El iuspositivismo analítico contemporáneo permanece aún ligado, a final de cuentas, a esquemas epistemológicos y semánticos, que en lo personal considero ya superados. En el transcurso de esta sección procuraré mostrar, por contraste (y por el momento solamente a grandes rasgos), qué tipo de reconstrucción del iuspositivismo brota en el caso de que se adopten explícitamente premisas epistemológicas constructivistas.

Comencemos por McCormick. El pensamiento de este estudioso ha conocido, en efecto, en estos últimos años, algunas aperturas significativas hacia una concepción más constructivista del conocimiento. Estas aperturas, sin embargo, no se han concretizado nunca en una adhesión explícita a una concepción de verdad alternativa a la descriptivista, de orientación neoempirista, preponderante en sus primeros trabajos.³⁹⁸ A la concepción epistemológica de McCormick regresaré, sin embargo, en el próximo capítulo; aquí me limito a mencionar algunas de sus afirmaciones, que indican una mayor apertura hacia el constructivismo.

³⁹⁸ Es de la misma opinión Schiavello, en el trabajo que está por ser publicado, *Neil MacCormick teorico del diritto e della argomentazione giuridica. Un bilancio a vent'anni dalla pubblicazione di «Legal Reasoning and Legal Theory»*, apartado 2.3.

McCormick hace algunas afirmaciones acerca del carácter *constructivo* del conocimiento en un trabajo de 1993,³⁹⁹ con la intención de facilitar una base epistemológica a las tesis según las cuales los sistemas jurídicos, en tanto que objeto de conocimiento teórico, son “por un lado construidos y por otro descubiertos”. En ese contexto, él afirma, quizá sólo de pasada, que la ciencia *construye* de algún modo su propio objeto de conocimiento, así como lo hace la teoría jurídica, representando una determinada experiencia jurídica *como un sistema*.

En un trabajo sucesivo⁴⁰⁰ McCormick se plantea nuevamente el problema de cómo es posible extraer un orden, un “cuerpo estructurado de reglas”, de una experiencia jurídica que presenta invariablemente datos fragmentarios, episódicos e incompletos; y su respuesta es, nuevamente, que esto es posible “by postulating *structural and transformational principles*”; de este modo, nosotros “enable ourselves to re-interpret the phenomena as part of a coherent and well-ordered whole”. En general, para McCormick, reconstruir algo significa siempre “ordenar los fenómenos en el interior de esquemas conceptuales”, y por lo tanto no verlos nunca “as they are apart from any theory. All that we see apart from theory is a chaotic flux of activity and process”.⁴⁰¹

Se trata indudablemente de afirmaciones que muestran una cierta evolución de las ideas epistemológicas de McCormick con respecto a los trabajos de los años setenta y ochenta, en los cuales predominaba el planteamiento empírico. Hay, sin embargo, dos observaciones críticas que hacer, aplicables también a todos los otros autores que serán mencionados en este apartado. En primer lugar, estas afirmaciones son ellas mismas episódicas y

³⁹⁹ El trabajo presentado en Pontignano en el 1993 ha sido recientemente publicado (MacCormick, N., “Power and Power-Confering Norms”, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Theory*, editado por Paulson, S. L. y Paulson, B. L., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 493-506).

⁴⁰⁰ MacCormick, N., “The Ideal and the Actual of Law Society”, *Law, Values and Social Practices*, editado por Tasioulas, J., Aldershot, Dartmouth Publishing Co., 1997, pp. 15-37.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 25.

fragmentarias, y no hacen referencia por lo tanto a un cuadro epistemológico suficientemente acabado y articulado, con perfiles bien definidos. En segundo lugar, de éstas, también en virtud de su fragmentación y de sus formas episódicas, no proceden, más allá de las afirmaciones genéricas sobre el papel *constructivo* de la teoría jurídica, las implicaciones específicas de carácter metodológico y teórico, ligadas, por ejemplo, al cuestionamiento del modelo descriptivista aún predominante y a la prefiguración de modos alternativos de entender el trabajo cognoscitivo de juristas y de operadores jurídicos.

Sobre McCormick y sus oscilaciones epistemológicas regresaré en el próximo capítulo. Aquí me limitaré a señalar que, de todos modos, él nunca ha renegado, en sus estudios sucesivos (y por lo tanto también en los citados anteriormente), del planteamiento sustancialmente empirista de sus primeros trabajos. Si, por ejemplo, se toma como punto de referencia su ya clásico *Legal Reasoning and Legal Theory*,⁴⁰² uno se percataría de que allí se acepta una buena parte de las tesis que contribuyen a formar el bagaje epistemológico proporcionado por el neoempirismo contemporáneo (que puede introducirse con pleno derecho en las orientaciones que califico como *descriptivistas*), especialmente en auge en la filosofía analítica de los años cincuenta y sesenta (y, como ya he hecho notar en varias ocasiones, predominante hasta hoy en la filosofía analítica del derecho). Aquí se puede hacer referencia, a modo de ejemplo, a la tesis de la separación entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*,⁴⁰³ a la que ve, en el *principio popperiano de falsificación*, el criterio fundamental de control de las aserciones científicas,⁴⁰⁴ y a la que entiende como la noción de ‘verdad’ en términos de una correspondencia “Witt a Realty goce existence is independent of the statement”.⁴⁰⁵

⁴⁰² Oxford, Clarendon Press, 1978.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 91.

Un discurso muy similar puede hacerse, incluso, para otros estudiosos iuspositivistas contemporáneos, cuyas afirmaciones se refieren, igualmente episódica y fragmentariamente, a algunos rasgos de una concepción constructivista, pero sin presuponer un cuadro epistemológico coherente y acabado y, además, sin ensayar las posibles implicaciones de esas afirmaciones para la teoría y para la práctica jurídicas. Haré el intento, a continuación, de dar algún otro ejemplo.

Schauer, al intentar señalar que el acercamiento científico al derecho no puede estar separado de los juicios de valor (tesis de la que me ocuparé en el capítulo siguiente), desarrolla algunas consideraciones interesantes sobre el papel desempeñado por la definición de derecho y, en general, por todas las definiciones que forman parte de un trabajo teórico. Para dicho propósito, él sostiene que una definición de derecho profundiza más allá de una mera clasificación lingüística, porque representa “the conclusion of an enquiry seeking to identify in an admittedly purposive way some particular salient feature from a more complex social phenomenon”.⁴⁰⁶ Todo esto, para Schauer, está en la misma línea de las tareas teóricas que normalmente corresponden a las definiciones científicas; de hecho, “to define is necessarily to simplify and to focus on some rather than all of the features exhibited by any phenomenon. The task of picking which features to highlight and which to downplay... is necessarily a teleological task”.⁴⁰⁷

Una posición aún más interesante (vista desde los objetivos que me he fijado en este apartado), es la sostenida por Fallon en un ensayo en donde trata de defender una teoría *coherentista* de la interpretación constitucional,⁴⁰⁸ reelaborando la versión, centrada —como sabemos— en la idea del *equilibrio reflexivo* que Dworkin ofrece de tal teoría. Fallon califica esta teoría como

⁴⁰⁶ Schauer, F., “Positivism as Pariah”, *The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism*, editado por George, R. P., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 34.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁰⁸ Fallon, R. H., “A Constructivism Coherence Theory of Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, 100, 6, 1987, pp. 1189-1286.

constructivista, destacando que el uso de tal locución remite una fuerte analogía que subsistiría entre la interpretación jurídica, así configurada, y la actividad cognoscitiva en su conjunto (tanto en el campo natural como en el social), tal como es caracterizada por la que él llama *teoría filosófica constructivista*. Según Fallon, su teoría de la interpretación constitucional es *constructivista*, dado que asume que las conclusiones sobre cuáles son los argumentos *mejores* reflejan *estándares* siempre internos a la práctica de la interpretación constitucional misma, más que *estándares* dictados por una *realidad objetiva*; en un sentido muy similar, siempre en opinión de Fallon, nuestro conocimiento del mundo natural y social puede ser calificado como constructivo, y esto porque considera que la comprensión de estos mundos es algo *socialmente construido*, más que resultado de un *reflejo de la naturaleza*.⁴⁰⁹

Se trata, como se ve, de posiciones muy similares a las que he desarrollado en la sección anterior, dedicada al razonamiento jurídico. No me es posible saber, desafortunadamente, si Fallon haya desarrollado posteriormente esta posición, yendo más allá de las analogías entre teoría del conocimiento y teoría de la interpretación jurídica, al utilizar marcada y explícitamente estas premisas epistemológicas para la construcción de una teoría global de razonamiento jurídico en concordancia con estas premisas.

Además, en algunos trabajos recientes de Comanducci se pueden encontrar buenas caracterizaciones de algunos aspectos de la concepción epistemológica constructivista, utilizada, sin embargo, en clave *heurística* principalmente, como instrumento explicativo para comprender mejor el sentido de algunas cuestiones importantes de teoría y de filosofía del derecho. No me parece, por lo tanto, que este tipo de utilización, para Comanducci, implique la aceptación de tal posición, aunque no me queda claro que él esté dispuesto a aceptar algunos elementos (y si es así, ¿cuáles?) de dicha concepción.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 1240 y 1241 (en la nota).

Un primer tipo de utilización se hace a propósito de la cuestión sobre si y en qué sentido el derecho representa un objeto preconstituido respecto de la actividad cognoscitiva del jurista. Pues bien, Comanducci contesta negativamente a la pregunta, valiéndose también del argumento constructivista según el cual hay siempre en el conocimiento un grado de construcción epistémica, de intervención del sujeto cognoscente en la configuración de un objeto como dato de indagación.⁴¹⁰

Un segundo tipo de utilización del constructivismo, por parte de Comanducci, está vinculado a la discusión sobre cómo entender las relaciones entre filosofía analítica del derecho y hermenéutica jurídica. No interesa, en este lugar, explicar cómo Comanducci configura tales relaciones. Quisiera mencionar solamente la manera en la cual él introduce, muy eficazmente, a decir verdad, algunos rasgos importantes del constructivismo. Ahora bien, Comanducci destaca cómo se debería distinguir, desde un punto de vista constructivista, entre *visión de la retina* y *visión epistémica* del mundo. La primera (que es igual para todos) está constituida por la percepción de los datos sensoriales en bruto, que nos permite ver el mundo, no entenderlo; la segunda está constituida por la introducción de los datos sensoriales en la red de nuestros conocimientos. Esta última es una visión “impregnada de teoría”, y nos puede proporcionar una “visión en capas” del mundo; esto quiere decir que la realidad es percibida de forma diferente según los distintos, pero no recíprocamente excluyentes puntos de vista asumidos. El mismo objeto, por lo tanto, puede aparecer de una manera distinta según la diferente visión epistémica con que se lo mire. Comanducci, muy correctamente, es cuidadoso al diferenciar el constructivismo del relativismo epistemológico: de hecho, la adopción de un punto de vista debe justificarse siempre en términos utilitarios; y esto quiere decir que en cuanto sea idéntico el fin para el cual se adopta un cierto punto de vista, se vuelve posible identificar el punto de vista ins-

⁴¹⁰ Comanducci, P., *Assaggi di metaetica*, cit., pp. 148 y 149.

trumentalmente más idóneo para alcanzar el objetivo (el *punto de vista adecuado*).⁴¹¹

Una posición en la cual los argumentos constructivistas están desarrollados de manera más articulada y extensa respecto de las posiciones previamente citadas es la expresada por Stavropoulos en un trabajo que ya he citado más de una vez en este texto (en la nota 369). Stavropoulos, a decir verdad, conduce su batalla contra las posiciones iuspositivistas tradicionales (que yo califico como descriptivistas) más sobre la vertiente *semántica* que sobre la *epistemológica*, aunque las dos cosas, en mi opinión, están estrechamente vinculadas. La tesis de fondo sostenida en su libro⁴¹² es que la interpretación es *objetiva* (en el sentido *modesto* de objetividad que nosotros conocemos), y quien sostenga que no lo es, lo hace basándose en una teoría semántica inadecuada.⁴¹³

A menudo regresaré, en el transcurso del trabajo, sobre el pensamiento de Stavropoulos, en particular sobre el tema de los juicios de valor. Aquí quiero limitarme a citar un pasaje donde él, al criticar las tesis subjetivistas y/o no cognitivistas sobre la intervención de los juicios de valor en la interpretación jurídica, desarrolla un argumento epistemológico genuinamente constructivista. En este sentido, el autor destaca que no habría razón para incluir a los valores en los procesos cognoscitivos, a menos que se sostuviera lo que él llama *absolute conception of the world*, y que se asemeja en mucho a lo que califico como *descriptivismo*. De acuerdo con esta concepción, la ciencia se sostendría sobre una especie de *archimedean point*, con base en el cual se asumiría que la concepción *verdadera* del mundo no puede incluir nada que dependa de un *punto de vista* en particular. Pero Stavropoulos replica rápidamente que no hay razón alguna para suponer que la ciencia tenga a su disposición este tipo de colocación. En

⁴¹¹ Comanducci, P., "Fin che la barca va...", *Analisi e diritto*, 1995, pp. 97-99.

⁴¹² *Objectivity in Law*, cit.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 1.

sus palabras, “science derives its reliability by presenting satisfactory accounts of its objects; it makes no general argument to the effect that its world is all there is”; por otra parte, solamente en caso de que la ciencia tuviera acceso a la “realidad tal como es”, la pretensión de excluir los valores podría estar justificada.⁴¹⁴

Otro filósofo del derecho que se alinea a favor de posiciones —genéricamente— constructivistas con mayor determinación que otros es Dennis Patterson. En sus dos trabajos que aquí se toman en consideración,⁴¹⁵ este estudioso trata de elaborar a grandes rasgos una concepción de la semántica del lenguaje jurídico que se coloque a mitad de camino entre objetivismo y relativismo, realismo y antirrealismo. También él, por lo tanto, está particularmente comprometido con la vertiente de la semántica antes que con la de la epistemología; en todo caso, algunas de sus afirmaciones tienen un carácter indudablemente constructivista. Él, por ejemplo, sostiene que no es posible rechazar la falsa dicotomía entre objetivismo y relativismo si se mantiene la idea que “the ways in which we divide up the world can somehow be compared along a neutral continuum of measurement. The success or failure of our conceptual schemes must be judged, not relative to ‘the word’ or ‘reality’ (moral or otherwise), but with respect to the degree to which problems are solved (or dissolved), efficacious doctrinal schemes identified...”⁴¹⁶ En el otro trabajo aquí mencionado, Patterson sostiene posiciones muy similares, afirmando que la manera idónea para ir más allá de las contraposiciones entre realismo y antirrealismo es rechazar la idea de que el significado de las proposiciones jurídicas puede ser dado por *condiciones de verdad*; pero, continúa Patterson, tal idea puede ser rechazada solamente si, desde un punto de vista más general, se rechaza la tesis según la cual es posible caracterizar la verdad

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁴¹⁵ Respectivamente, *Law's Pragmatism: Law as Practice an narrative*, in *Wittgenstein and Legal Theory*, *cit.*, pp. 85-121, y *Law and Truth*, *cit.*

⁴¹⁶ Patterson, D., *Law's Pragmatism...*, *cit.*, p. 121.

en términos de relaciones entre proposiciones y “algo” que convierte las proposiciones en verdaderas.⁴¹⁷

Se podrían citar otros nombres (Coleman, por ejemplo), así como mencionar otras afirmaciones de carácter constructivista. Pero las referencias hechas hasta aquí me parecen suficientes para poner en evidencia dos puntos. El primero es que estas aperturas del constructivismo, en la mayoría de los casos, son muy tímidas e influenciadas en demasía por la permanencia de esquemas epistemológicos y semánticos de inspiración descriptivista; también en aquellos casos —y los hay— donde el planteamiento de un cuadro de referencia constructivista emerge con mayor nitidez, se da prioridad a la vertiente semántica, en detrimento de la epistemológica, que debería estar subordinada a la primera. El segundo punto es que estas posiciones indican que el ambiente cultural que se respira en nuestra disciplina (al menos en el iuspositivismo analítico) es propicio para proseguir con mayor determinación por este camino, tratando de vincular el plano semántico y el plano epistemológico del análisis, y poner en evidencia las implicaciones más relevantes que dependen de la adopción de un esquema de referencia constructivista. Es lo que trataré de realizar en el transcurso del trabajo.

3. Algunas definiciones corrientes del iuspositivismo

En los próximos tres apartados expondré una interpretación constructivista del iuspositivismo, haciendo ver cómo se presentaría tal concepción, en sus diferentes articulaciones, a través del cristal del constructivismo.

Con la definición del iuspositivismo, el gran problema que se presenta es saber si es posible ofrecer una definición unitaria, y, si así fuera, qué clase de definición habría que proporcionar. La tesis que sostendré en este apartado es, dicho en términos muy sintéticos, que no sólo es posible presentar una definición unita-

⁴¹⁷ Patterson, D., *Law's and Truth...*, cit., pp. 18 y 19.

ria del iuspositivismo, sino también que la adopción del esquema constructivista permite ofrecer una definición particularmente fecunda, sobre todo porque logra dar contextualmente, en el interior de las teorías iuspositivistas, tanto los elementos unitarios (en el plano del *concepto*) como los —igualmente importantes— elementos de diferenciación (en el plano de las *concepciones*). Las teorías iuspositivistas, en suma, contienen tanto elementos de unidad como elementos de divergencia, que se colocan, sin embargo, en distintos planos (lo que evita las acusaciones de incoherencia o de contradicción).

El intento de suministrar una definición unitaria de iuspositivismo puede ser justificado, por otro lado, al recurrir a óptimas razones, ya indicadas a su debido tiempo por Scarpelli, el cual no lo habría podido hacer mejor. Scarpelli, en el contexto de un discurso consagrado a defender la adopción del modelo de la *definición explicativa* con relación a la noción de iuspositivismo, sostiene que “el concepto del positivismo jurídico es uno de los conceptos clave de una cultura: introducido en la cultura jurídica... en el siglo pasado... hoy es... uno de esos nudos en donde se manifiestan las posturas y las orientaciones fundamentales, las elecciones y los contrastes que la comprenden en su totalidad...”. Por esta razón, Scarpelli considera importante proporcionar una definición, para ser exacto una *definición explicativa*, por medio de la cual “al partir de los significados usuales para determinar y elaborar su núcleo central, habría que procurar un instrumento semántico preciso y eficiente con la finalidad de una reflexión activa de los problemas centrales y graves que la cultura jurídica nos reclama con urgencia, con la finalidad de una mayor claridad y orientación”.⁴¹⁸

Creo que las razones indicadas por Scarpelli están aún hoy vigentes, aunque quizá se podría escoger un modelo de definición distinto respecto al suyo, si bien es diferente el contexto

⁴¹⁸ Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Ed. di Comunità, 1995, p. 15.

cultural en el cual hoy en día se podría introducir la definición de derecho.

Asimismo, es importante para mi trabajo, en todo caso, establecer los márgenes unitarios de la noción del iuspositivismo; es decir, de la orientación que constituye de alguna forma —en una de sus versiones disponibles— el fondo de las posiciones que he expresado en el ámbito de teoría del derecho. No se trata, en modo alguno, por otro lado, de una noción ya obsoleta, de la cual muchos en cambio están convencidos. Pienso, en cambio, que al menos desde determinados puntos de vista, todavía es importante tomar partido en favor o en contra del *iuspositivismo*, y al contrario, a favor o en contra del *iusnaturalismo* (porque, como veremos, se trata de una *contraposición conceptual mutuamente excluyente*). Estoy en total desacuerdo con aquellos —y son muchos— para los cuales esta tarea definitoria se debe ya dejar de lado, en tanto que no se puede proponer,⁴¹⁹ o incluso puede ser contraproducente, debido a la ineludible ambigüedad de la noción.⁴²⁰

⁴¹⁹ Para Greenawalt, por ejemplo, la etiqueta “iuspositivismo” tiene ya un valor retórico, y, por lo tanto, ya no es tan importante, hoy, “ser iuspositivista” (Greenawalt, K., “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism”, *The Autonomy of Law...*, *cit.*, p. 1). MacCormick sostiene una posición similar, por lo menos en uno de sus trabajos (él tiene a este respecto opiniones titubeantes) cuando asegura, en lo que concierne a las relaciones entre iusnaturalismo y iuspositivismo, ver “the issue of mutual opposition as now closed and unfruitful” (MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, editado por George, R. P., Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 129-131). También Perry está de acuerdo en abandonar este proyecto definitorio, cuando destaca que el iuspositivismo no puede pretender más presentarse como una *all encompassing theory*, que pueda aplicarse a todos los problemas de incumbencia de la teoría del derecho (Perry, S., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *Oxford Journal Studies*, 7, 2, 1987, pp. 217 y 218).

⁴²⁰ Una posición de este tipo es la expresada, por ejemplo, por Carrió, G. R., “Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1980, p. 143; y Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bolonia, Il Mulino, 1972, pp. 88 y 89. Para Tarello, en particular, visto que la locución “iuspositivismo” hace referencia a cosas muy diversas y hasta

Hay luego quienes (y son numerosos también) para los cuales es absolutamente legítimo —e incluso pertinente— presentar definiciones del iuspositivismo, puesto que se acepta que con esta locución se entienden cosas muy distintas entre sí que no están en modo alguno lógica y/o conceptualmente vinculadas. Un ejemplo clásico de esta posición está representado por la tripartición llevada a cabo por Bobbio entre el positivismo jurídico como *manera de acercarse al estudio del derecho*, el positivismo jurídico como *teoría* y el positivismo jurídico como *ideología*.⁴²¹

No me interesa, por lo pronto, entrar a analizar la cuestión de la tripartición para examinar sus contenidos. En el caso de la primera acepción, que sirve para connotar el *positivismo metodológico*, me propongo, sin embargo, volver a tratarla en profundidad en el próximo capítulo. En cambio, me interesa mucho más hacer hincapié en que, según Bobbio, no hay manera de remitirse, a partir de estas diferentes caracterizaciones, a una definición unitaria: no hay ninguna relación necesaria entre estas distintas acepciones.⁴²²

Otra distinción conocida es la efectuada por Hart, quien ve en el iuspositivismo cinco tesis distintas, haciendo notar que entre ellas no hay ningún vínculo necesario.⁴²³ Tal formulación (el iuspositivismo “a pedazos”), de acuerdo con la eficaz fórmula de Scarpelli,⁴²⁴ es constantemente replanteada, si bien en diferentes versiones, en el panorama de la filosofía jurídica

incluso muy disparatadas, conviene expurgarla del lenguaje jurídico, para sustituirla por una serie de locuciones específicas, aquellas consideradas cada vez más apropiadas para dar cuenta de los diversos fenómenos con relación a los cuales esa expresión es usada indebidamente.

⁴²¹ Cfr. Bobbio, N., *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Ed. di Comunità, 1972, pp. 105-112.

⁴²² *Ibidem*, p. 104.

⁴²³ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Contributi all'analisi del diritto*, trad. it., Frosini, V. (coord.), Milán, Giuffrè, 1964, pp. 119 y 120.

⁴²⁴ Scarpelli, U., *Cos' è il positivismo giuridico*, cit., pp. 21-27.

contemporánea,⁴²⁵ y constituye tal vez el acercamiento más difundido de la definición de esta noción.

Por mi parte estoy convencido, como dije antes, de que ambas posiciones son ampliamente insuficientes. La primera, porque no logra explicar, de manera adecuada, algunos aspectos importantes de la historia de la cultura jurídica moderna contemporánea, aspectos que son mejor dilucidados al recurrir a una noción unitaria de iuspositivismo. La segunda, porque pasa por alto considerar importantes elementos de continuidad que este asunto conlleva, y sobre todo con relación a la contraposición con el iusnaturalismo, elementos que de hecho son sacrificados en aras de una visión “a pedazos” de dicha noción.

Hay, sin embargo, sobre todo en el campo de la filosofía jurídica de orientación analítica, numerosos intentos por considerar esta noción en términos unitarios. Sin embargo, mi impresión es que, por lo menos en la mayor parte de los casos, estos intentos no logran explicar de manera adecuada la confluencia, en las teorías iuspositivistas, de elementos de continuidad y de elementos de diferenciación, lo que acaba inevitablemente por dejar de lado uno de los dos aspectos. De lo que carece en muchas de estas posiciones, en la definición de esta noción, es una clara distinción del plano del concepto y del plano de las concepciones. La ausencia de esta distinción contribuye a generar, entre otras cosas, un incremento desmesurado de los elementos que la definición unitaria atribuye transitivamente a todas las teorías iuspositivistas, lo que introduce en la definición características que no todas las teorías iuspositivistas estarían dispuestas a defender y que, sin embargo, sólo forman parte del iuspositivismo de manera contingente.

⁴²⁵ Véase, por ejemplo, Catania, A., *Manuale di filosofia del diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 41-57 y Prieto Sanchís, L., “Constitucionalismo e positivismo”, *Analisi e diritto*, 1996, pp. 208 y 209, que aceptan integralmente la tripartición bobbiana; véase también Nino, C., *Introduzione all'analisi del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 26-38.

Trataré ahora de ofrecer algunos ejemplos concretos de estos intentos por realizar —a menudo con muchas fluctuaciones— definiciones unitarias, para indicar mejor cuáles son las dificultades que tienen en común. Posteriormente expondré, al final, mi propuesta de definición que utilice oportunamente los instrumentos proporcionados por la perspectiva constructivista.

Un ejemplo particularmente interesante de definición unitaria de iuspositivismo, si bien no desarrollada de manera coherente hasta sus lógicas consecuencias, lo ofrece la posición de Raz.⁴²⁶ De hecho, en esta posición se puede apreciar una continua fluctuación entre una consideración unitaria y una consideración “a pedazos” del iuspositivismo, sin que una predomine sobre la otra de manera determinante. Se trata de una fluctuación que a mi entender se debe, entre otras cosas, a la falta de identificación de un plano conceptual al cual restringir el empleo de la definición.

Raz inicia su discurso diciendo que es imposible definir el iuspositivismo haciendo referencia a una visión filosófica, y que por lo tanto es necesario acercarse a éste mediante las tesis específicas alrededor de las cuales el iuspositivismo trabaja; o mejor, a las áreas temáticas específicas de las que se ocupa. Estas son: I) la identificación del derecho (*social thesis*); II) su valor moral (*moral thesis*); III) el significado de sus conceptos clave (*semantic thesis*).⁴²⁷

Parecería, en este punto, que Raz quisiera sin lugar a dudas adentrarse por la calle del “iuspositivismo a pedazos”. Pero esta impresión es desmentida por lo que él mismo dice enseguida, cuando afirma que en el fondo las diferentes tesis del iuspositivismo son todas una reformulación de la *social thesis*, según la cual “qué es” y “qué no es” el derecho es una cuestión de hechos sociales;⁴²⁸ a continuación, sin embargo, él atenúa el al-

⁴²⁶ Al dar cuenta de la posición de Raz, utilizaré en particular Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 37-52.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁴²⁸ *Idem*.

cance de esta afirmación sosteniendo que en caso de que fuera verdad que la *social thesis* sea la tesis fundamental, ello no significa que las otras dos deriven de la primera.⁴²⁹ Desde este punto de vista, “the social thesis is best viewed not as ‘first order’ thesis but as a constraint on what kind of theory of law is an acceptable theory —more specifically it is a thesis about some general properties of any acceptable test for the existence and identity of legal systems”.⁴³⁰

Independientemente de esto, la *social thesis*, según Raz, debe ser calificada ulteriormente; viéndolo bien, ella es susceptible de dos distintas interpretaciones: I) como *weak social thesis*, según la cual la decisión de qué es el derecho puede basarse a veces en consideraciones morales, independientemente de la referencia a fuentes formales; II) como *strong social thesis*, según la cual la existencia y el contenido de cada norma está plenamente determinado por sus fuentes sociales y, por lo tanto, en los casos de intromisión de contenidos morales en un derecho positivo, sería la regla jurídica misma la que permitiría incorporar la moral en el derecho (como en el caso de la incorporación del derecho extranjero), pero no el contenido moral mismo.⁴³¹ Quisiera ahora dejar de lado el análisis de los méritos de las tesis de Raz, sobre todo en lo que respecta a la relación entre derecho y moral (tema del que me ocuparé en el próximo capítulo) y centrarme en el desarrollo de algunas consideraciones críticas sobre la manera en que el autor define al iuspositivismo. Son dos, en particular, las observaciones que quiero hacer. La primera es que la ausencia, en el discurso de Raz, de una clara configuración de las relaciones entre las diversas tesis iuspositivistas mencionadas por él, con la eventual indicación de un orden jerárquico entre ellas, vuelve bastante confuso su recorrido definitorio, y no deja claro si realmente quiere lograr una definición unitaria o prefiere en cambio orientarse hacia un iuspositivismo “a pedazos”. Se podría decir

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 39.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 39-47.

sintéticamente, usando las categorías que he adoptado, que falta por completo la distinción entre el plano del concepto y el plano de las concepciones.

La segunda es que Raz incluye —indebidamente, en mi opinión— entre las implicaciones de las *strong social thesis* también aquella que tiene, como criterio de aceptación de una teoría jurídica iuspositivista, el relativo a una *descripción neutral del derecho*, que prescinde de argumentos morales.⁴³² Estoy convencido, como intentaré señalar en el capítulo siguiente, de que esta implicación no existe en absoluto: de la consideración, correcta, de que la existencia del derecho depende (habrá que aclarar de qué manera) de hechos y de decisiones humanas históricamente contingentes, no procede de ninguna manera aquella según la cual tales decisiones no pueden tener un carácter moral, y, por lo tanto, su reconstrucción no puede hacer referencia de manera alguna a argumentos morales. Lo que es necesario requerir al iuspositivista, en cambio, es que su reconstrucción (prefiero la locución ‘reconstrucción’ a la de ‘descripción’) no se confunda con la aceptación de aquel derecho objeto de su investigación.

Muchas otras definiciones de iuspositivismo que aspiran asimismo a reencontrar elementos en común en las teorías iuspositivistas tropiezan con dificultades muy similares a las de Raz. Guastini, por ejemplo, introduce en su presentación crítica de un ensayo kelseniano⁴³³ lo que él llama *postulado del iuspositivis-*

⁴³² *Ibidem*, pp. 39 y 40. Otro estudioso que establece, siguiendo las pistas de Raz, un vínculo necesario en *social thesis* y descripciones neutrales del derecho es Waldron; valga para tal propósito la siguiente —e iluminadora— cita: “law can be understood in term of rules or standards whose authority derives from their provenance in some human source, sociologically defined, and which can be identified as law in terms of that provenance. Thus statements about what the law is... can be made without exercising moral or other evaluative judgment. The judgment is simply one of social fact” (Waldron, J., “The Irrelevance of Moral Objectivity”, *Natural Law Theory...*, *cit.*, pp. 158 y 159).

⁴³³ Guastini, R., “Hans Kelsen su (*sic*) logica e diritto”, *L’analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Comanducci, P. y Guastini, R. (coords.), Turín, Giappichelli, 1989, p. 105.

mo, con base en el cual el iuspositivismo es visto —correctamente, en mi opinión— como la antítesis del iusnaturalismo: se trata del postulado según el cual *el derecho está creado por los hombres*, y, por lo tanto, no existen normas ya dadas en la naturaleza o en la razón. También Guastini parecería entonces privilegiar la definición unitaria del iuspositivismo; en un trabajo posterior,⁴³⁴ sin embargo, manifiesta una opinión distinta, sosteniendo una tripartición muy similar a la de Bobbio; tripartición que, entre otras cosas, introduce en el *iuspositivism la tesis de la avaloratividad de la descripción del derecho* como un elemento necesario,

La posición de Guastini se inspira, de manera muy evidente, en la de Ross. También este autor se ha ocupado del problema de la definición del iuspositivismo, optando claramente por un enfoque unitario. Según Ross, la locución ‘iuspositivismo’ designa un punto de vista contrario al iusnaturalismo, y debe ser empleado ya no para indicar teorías específicas, sino un enfoque o una postura más amplia y general con respecto a los problemas de la filosofía y de la ciencia jurídica.⁴³⁵ Hasta aquí estamos de acuerdo, aunque habría que discutir y analizar las posturas filosóficas que Ross atribuye al iuspositivismo. Independientemente de esto, el problema surge cuando Ross hace derivar de este postulado muy general la tesis según la cual es posible aceptar la existencia del derecho en un determinado país o cierta época, y describir su contenido en términos factuales, empíricos, basados en la observación y en la interpretación de hechos sociales, *sin que haya necesidad alguna de recurrir a ideas o principios deducidos de la moral*.⁴³⁶ También aquí la definición de iuspositivismo está vinculada al principio de avaloratividad, no admitiendo que se pueda seguir siendo iuspositivista y, al mismo tiempo, poner en tela de juicio, en algún sentido, este principio (cosa que, en cambio, deseo hacer).

⁴³⁴ Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 276-281.

⁴³⁵ Roos, S., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Febbrajo, A. y Guastini, R. (coords.), Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 138.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 139.

La posición de Jori y de Pintore, por el modo en que está expresada en su *Manual*,⁴³⁷ no dista mucho de las anteriores. También estos dos autores toman partido por una definición unitaria, identificando —correctamente— en el iuspositivismo un elemento común *minimale*: la tesis según la cual “el único derecho existente es el que proviene de una voluntad humana”. A este elemento, sin embargo, le sigue inmediatamente otro: el que concierne al enfoque científico y factual del derecho, que se requiere de todos los estudiosos iuspositivistas.⁴³⁸ En ausencia de aclaraciones posteriores, vistas también las posiciones epistemológicas presupuestas por los dos autores, se puede llegar a pensar que semejante enfoque incluya también el requisito de la avaloratividad. Por enésima vez, se carga al iuspositivismo de un fardo muy pesado que, desde mi punto de vista no debería de ninguna manera soportar.

4. Una definición conceptual de iuspositivismo

En este apartado presentaré finalmente mi propuesta de definición del iuspositivismo, que se configura también como una definición unitaria, pero que se caracteriza, de manera particular, como una *definición conceptual*.⁴³⁹ Como tal, ésta alude a uno de los ingredientes que forman parte de la concepción constructivista: la noción de *concepto* que ha sido introducida en el primer capítulo, sección I, a la cual me remito para oportunas aclaraciones.

No reiteraré el análisis del concepto ya desarrollado: me limito a corroborar que la definición conceptual propone aislar los *elementos conceptuales* de una noción, y evidenciar, por lo tanto —en caso de que las haya—, todas las asunciones sobre su

⁴³⁷ Jori, M. y Pintore A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Turín, Giapichelli, 1988.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁴³⁹ En este mismo sentido va también el óptimo ensayo de Pino, G., “Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale”, de próxima publicación en *Analisi e Diritto*, 1998.

contenido, que quienes hacen uso de la noción presuponen colectivamente. El objetivo de la definición, por lo tanto, es aislar el umbral mínimo de significado común compartido por quienes aceptan y usan ese *definiendum*. Como se puede ver, se trata de un objetivo *minimale*; pero en el campo de las nociones *essentially contested*,⁴⁴⁰ como seguramente es la noción del iuspositivismo, éste es el único resultado que una definición puede alcanzar: esto es, fijar el terreno conceptual común del cual parten las diversas concepciones, lo que significa también establecer el parámetro común que permita desatar positivamente el nudo de la inconmensurabilidad.⁴⁴¹ En estos casos, ir más allá de la definición significaría intervenir en el terreno de la reconstrucción completa de la noción, objetivo para cuyo alcance se necesitaría elaborar una verdadera *concepción* y, por lo tanto, explicitar sus posiciones teóricas tomando una postura en el terreno de las opciones de carácter epistemológico y filosófico.

Nos preguntarnos ahora, ¿cuál es, entonces, la asunción que permite fijar el concepto de *iuspositivismo*, en el sentido que yo he precisado del concepto? En mi opinión, la respuesta a la pregunta no puede más que remitir a la determinación de cuál es el significado más profundo de la contraposición entre iuspositivismo y iusnaturalismo, que atraviesa toda la historia de nuestra cultura jurídica, y que no ha perdido aún su riqueza de significado. Desde este punto de vista, la definición conceptual que propongo representa una manera posible de configurar esta contraposición, calificándola como una *contraposición conceptual mutuamente excluyente*.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Retomo la noción de *essentially contested concept* del ya clásico trabajo de Gallie, W. B., "Essentially Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, LVI, 1955-1956, pp. 167-198.

⁴⁴¹ Discuto este punto en el cap. I, sección I, apartado 5.

⁴⁴² Sobre este punto me encuentro totalmente de acuerdo con Shiner, aunque él prefiere hablar de antiiuspositivismo, antes que de iusnaturalismo, a propósito de la concepción que se contrapone al iuspositivismo. El intento, destinado a fracasar, de encontrar una "vía intermedia" entre iuspositivismo y antiiuspositivismo es caracterizado por Shiner como *compatibilism* (Shiner, R., *Norm and*

Para alcanzar este objetivo se puede utilizar muy bien la *social thesis* de ascendencia raziana, reformulándola adecuadamente y puliéndola de las implicaciones que normalmente la acompañan. Sobre esta base, se puede intentar expresar lo que considero la *asunción conceptual fundamental del iuspositivismo*, compartida por todas las teorías que a éste se remiten, asunción que puede ser sintetizada de este modo: “El derecho es el producto integral, sin residuos, de decisiones y de comportamientos sociales; producto que tiene en algún sentido la propiedad de la *normatividad*, y que es histórica y culturalmente *contingente* desde el punto de vista ético”.

Busquemos ahora examinar esta asunción, trayendo a la luz sus implicaciones más relevantes. Lo haré por medio de tres distintos órdenes de consideraciones.

El primer orden de consideraciones tiende a dilucidar cómo esta asunción determina justamente una *contraposición mutuamente excluyente* entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Esto queda demostrado en el hecho de que, viéndolo bien, es posible obtener el concepto de iusnaturalismo mediante la negación de alguna de las afirmaciones contenidas en la asunción que expresa el concepto de iuspositivismo. ¿Cuál afirmación? El iusnaturalismo, quizá en algunas de sus versiones actuales más sofisticadas, no tendría ningún problema en aceptar la tesis según la cual el derecho es un *producto integralmente social*, pero también, obviamente, aquella según la cual el derecho tiene la propiedad de la normatividad (salvo, naturalmente, que ofrezca su explicación del fundamento y de los orígenes de tal propiedad en el plano de las concepciones); pero, en mi opinión, si quisiera quedarse como está, no podría aceptar absolutamente la tesis de la *contingencia radical*, desde el punto de vista ético del derecho positivo. Es aquí donde se aclara el sentido de la contraposición: el iusnaturalismo, colocado en lugar del iuspositivismo, invertiría sin duda el sentido de esa afirmación, y podría hacerlo limitándose

solamente a anteponer el signo de negación ante ésta. En otros términos, bastaría que el iusnaturalismo dijera que “no es verdad que el derecho es histórica y culturalmente contingente... desde el punto de vista ético”; pero esto, por otra parte, podría dar un vuelco positivo al sentido de la afirmación, sosteniendo que “el derecho tiene un fundamento ético, en algún sentido, *objetivo*”.

Aquí vale la pena especificar que la contraposición que estoy proponiendo no concierne en absoluto al perfil de los contenidos morales que podrían eventualmente entrar en relación con el derecho positivo, o ser incorporados a éste; se refiere, si acaso, al perfil del fundamento ético (*¿objetivo o relativo?*) del derecho positivo. En este sentido, se trata de una contraposición de carácter *metaético* y ya no *ético*. El “*quid*” de la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo reside, a mi parecer, precisamente en la dicotomía entre estos dos modos radicalmente alternativos de resolver el problema metaético del fundamento ético del derecho positivo.

El segundo orden de consideraciones se refiere a la propiedad de la *normatividad*, que la definición conceptual atribuye al derecho. Aquí hay que subrayar, para evitar equívocos, que la definición se limita a afirmar que “algo” es verdaderamente derecho si y sólo si posee esta propiedad, pero luego no toma ningún tipo de posición sobre las cuestiones sustanciales que tal afirmación suscita: por ejemplo, sobre el origen (*¿metaempírico o no?*) de dicha propiedad y sobre su naturaleza (*¿es una propiedad originaria o es reducible a algo más?*). Todo lo que se puede hacer, si se quiere permanecer en el plano conceptual, es considerar la cuestión de la normatividad como absolutamente fundamental, con la cual las teorías iuspositivistas deben como quiera que sea medirse, y *prejudicialmente* con respecto a cualquier otro tipo de indagación; y esto por la simple razón de que, si el derecho no es *normativo*, entonces tiene en verdad poco sentido ir más allá en la indagación sobre este “objeto”.

No me parece, por otro lado, que dicha cuestión pueda ser considerada como una prerrogativa exclusiva de las teorías iusposi-

tivistas. Viéndolo bien, ésta representa en realidad una trasposición en el ámbito de la reflexión filosófico-teórica, consciente de un dato de experiencia común que me parece está intuitivamente presente, es decir, en la red de los conceptos del sentido común. Se trata, entonces, de un elemento que parte en primer lugar del *concepto de sentido común de derecho*, y por lo tanto expresa una de nuestras intuiciones más consolidadas sobre la naturaleza de este fenómeno, pero también de otros fenómenos sociales que de alguna forma le son afines (la moral, la costumbre, etcétera). En otros términos, que el derecho posea tal propiedad me parece un presupuesto más bien estable del conocimiento jurídico de sentido común: en el interior de dicha forma de conocimiento se tiene la conciencia, en suma, de que, si hay derecho, entonces nuestras actitudes están en algún sentido *vinculadas* mediante las modalidades propias de esta forma de control social.

Corresponderá luego al conocimiento filosófico-teórico reflexionar sobre esta propiedad, buscando no sólo captar su origen y su naturaleza, sino también, contextualmente, fijar su ámbito de extensión. Lo que quiere decir es que, dado que se trata de una propiedad que poseen también otros tipos de fenómenos sociales, la reflexión teórica se tiene que preocupar de investigar si hay algunos elementos comunes que dicha propiedad tenga también en los diferentes campos en que se confirme su existencia, de manera que se pueda trazar un cuadro categorial unitario (por ejemplo, una teoría general de las reglas sociales); o si la *normatividad jurídica* sea una propiedad absolutamente peculiar del derecho que debe sujetarse a una disertación completamente autónoma, con el uso de categorías pertinentes.

No hay nada particularmente nuevo y sobrecogedor en lo que he dicho ahora; sin embargo, me parece que identificar, también para dichas cuestiones, un plano conceptual *minimale* de presupuestos compartidos permite aclarar mejor las distintas fases por medio de las cuales la reflexión filosófico-teórica debe pasar. Desde un plano conceptual, lo que se puede afirmar es que todas las teorías iuspositivistas deben prejudicialmente enfrentarse con

este tema, más o menos explícitamente, con este tema. Pero, a partir de esto, las diferentes teorías pueden emprender recorridos incluso muy distintos entre sí; será más bien el modo en que enfrenten este problema lo que permitirá distinguir, en primera instancia, las diversas concepciones iuspositivistas.

En este tercer orden de consideraciones deseo corroborar en qué sentido se afirma, en esa asunción conceptual, que “el derecho es un producto histórica y culturalmente contingente desde el punto de vista ético”. Con esta afirmación se quiere fijar lo que en el fondo es el requisito fundamental, de carácter antiiusnaturalista, del iuspositivismo: el vínculo que éste establece a todas las teorías que quieran ser calificadas como iuspositivistas. Como se puede notar, aceptar este requisito no requiere en absoluto (y lo veremos mejor en el próximo capítulo) comprometerse específicamente a sostener algún tipo de teoría de las relaciones entre derecho y moral; por ejemplo, aquella para la cual no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, ni tampoco requiere alinearse a favor o en contra de la tesis de la neutralidad de las descripciones de los juristas. Sobre dichos puntos, los iuspositivistas podrían muy bien tener opiniones distintas, tal como de hecho hoy en día sucede si se mira el actual panorama, por demás desigual, ofrecido por las concepciones heterogéneas que forman parte del iuspositivismo de orientación analítica. Este requisito, en realidad, no quiere imponer a las teorías iuspositivistas una determinada manera de formular las relaciones entre derecho y moral, o de concebir el papel desarrollado por los juicios de valor en el trabajo “científico” de los juristas; más bien quiere fijar un vínculo en las distintas teorizaciones que pueden generarse sobre estos temas: éstas no pueden de todos modos prefigurar una existencia objetiva, independiente del contexto histórico-cultural de referencia, de los valores morales que son eventualmente objeto de esta disertación.

En este punto podría muy bien darse el caso (y la referencia a mis tesis no es casual en absoluto) de una teoría que acepte en su totalidad la asunción conceptual iuspositivista; una teoría que,

sin embargo, luego, en el nivel conceptual, sostenga que, por lo menos en el contexto de las modernas organizaciones jurídicas occidentales de tipo constitucional, existe una *conexión necesaria* con la moral; empero, sería mejor decir con un *cierto tipo de moral*, aquella que se ha introducido en los principios constitucionales de las organizaciones jurídicas y que continúa propagándose, sin solución de continuidad, en el interior de éstas a través del trabajo *constructivo* de juristas y operadores jurídicos. En estos casos, naturalmente, el atributo ‘necesaria’ que se predica de la conexión entre derecho y moral no valdría para identificar ningún tipo de valor moral objetivo que en hipótesis el derecho debería contener o, por lo menos, al que se debería referir con la finalidad de justificar sus contenidos; desde el punto de vista del iuspositivismo, de hecho, no estaría disponible ningún tipo de criterio objetivo semejante que sea independiente de los identificados por prácticas jurídicas histórica y culturalmente condicionadas.

Una teoría de este tipo, en segundo lugar, al enfrentar el problema de la calificación que se le dará a los discursos de los juristas teóricos y prácticos *sobre el* (o mejor *en el*) derecho positivo, podría muy bien sostener, sin preocupación alguna de ser obligada sólo por ello, a abandonar la vertiente del iuspositivismo, *la tesis de la necesaria avaloratividad de dichos discursos*.

Sobre estos temas, sin embargo, es oportuno remitirse a lo que expondré en el próximo capítulo, en donde, de hecho, abandonaré el plano del concepto para tratar de exponer, específicamente en la cuestión de los juicios de valor (y por lo tanto también de la configuración que se le dará al *iuspositivismo metodológico*), algunas de mis opiniones sobre la concepción de iuspositivismo que se debería adoptar. Se verá cómo tales opiniones no se alejan mucho de las sostenidas por los partidarios de la concepción que hoy, en los círculos analíticos, se tiende a etiquetar como *inclusive positivism*.⁴⁴³ La diferencia entre mi opinión y la de *inclusive*

⁴⁴³ Exponentes muy destacados de esta concepción de iuspositivismo son Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994; Coleman, J., “Authority and Reason”, *The Autonomy of Law...*, *cit.*, pp. 287

positivism, más allá de cuestiones específicas de carácter sustancial, consiste en el hecho de que los partidarios de esta última posición no establecen ninguna distinción clara entre el nivel del concepto y el nivel de las concepciones, con las habituales dificultades que la falta de esta distinción produce y sus intentos de definir la noción de iuspositivismo.

5. *Las concepciones iuspositivistas frente al problema del “sentido de la normatividad”*

En este apartado continuaré con el intento de proporcionar una interpretación constructivista del iuspositivismo, haciendo ver en forma muy sintética cómo a partir de un mismo *concepto* pueden proceder distintas *concepciones* del iuspositivismo. Me detendré justo en el nivel de las concepciones, aunque, como ya sabemos, un esquema conceptual exhibe una estructura muy articulada (en la que convive una pluralidad de elementos), que no es atribuible a la sola presencia de conceptos y concepciones (hay también teorías, nociones particulares, generalizaciones empíricas, y así sucesivamente).

En realidad, proporcionar una reconstrucción acabada del esquema conceptual iuspositivista sería un hecho extremadamente complicado, del cual no podemos ocuparnos en este trabajo. Se trataría, entonces, de dar cuenta no sólo de la relación que hay entre el concepto y las variadas concepciones (por ejemplo, el normativismo, el realismo jurídico, el acercamiento al derecho como práctica social, etcétera), sino también de la que se instaura entre las concepciones y las diversas teorías que constituyen sus ejemplificaciones específicas (la teoría normativista de Kelsen, la teoría realista de Ross, etcétera) e, incluso, de la que subsiste entre las diferentes teorías y las nociones que de éstas forman parte, y así sucesivamente.

Acabo de hacer referencia a la existencia de un esquema conceptual particular en el cual se articularía el iuspositivismo; pero, tomando en cuenta la manera en la que he configurado los esquemas conceptuales en el presente trabajo, el asunto se torna, en realidad, un poco más complicado. Asimismo, se podría hablar legítimamente, de hecho, de una pluralidad de esquemas conceptuales iuspositivistas. Ambas, sin embargo, no se contradicen en absoluto: todo depende, en realidad, de la manera en que entendamos la noción de esquema conceptual. Si entendemos esta noción en el sentido más general y amplio: como *perspectiva a largo plazo*, que engloba todo lo que de alguna manera deriva de cada concepto —o de cada red conceptual—, entonces el iuspositivismo expresa verdaderamente un esquema conceptual individual, radicalmente alternativo —como hemos visto— al presupuesto por el iusnaturalismo. Pero si entendemos por esquemas conceptuales, de manera más restrictiva, lo que reiteradamente hemos llamado *esquema actualmente en uso*, entonces nuestro punto de referencia es una entidad más circunscrita y más fácilmente localizable; es decir, la particular concepción iuspositivista, o sea, el específico cuadro teórico iuspositivista cuyas categorías y nociones se ponen a trabajar en una actividad de investigación concreta por parte de una comunidad científica dada o por cada estudioso. En este segundo caso, por lo tanto, se debería hablar de tantos esquemas iuspositivistas como de tantas concepciones o teorías que puedan recibir tal calificación.

Debemos tratar de entender ahora cuál es la conexión que permite a las concepciones iuspositivistas relacionarse al concepto y proporcionar una interpretación específica. El concepto de iuspositivismo, tal como ha sido formulado antes, se limita en el fondo a establecer vínculos a las concepciones iuspositivistas, pero no determina de forma unívoca su desarrollo. Son tres, en particular, las indicaciones que derivan de ese concepto: I) aquella según la cual el derecho, como sea que esté configurado, pertenece integralmente a la clase de los productos sociales: es el fruto exclusivo de decisiones y de comportamientos sociales; II) aquella según

la cual, para elaborar una determinada concepción, se necesita enfrentar prejudicialmente la cuestión del *sentido de la normatividad*; III) aquella según la cual no se necesita presentar, como solución del problema de la relación entre derecho y moral, la que postula una concepción de valores morales basada en una metaética de tipo objetivista. En este apartado me ocuparé en particular de los dos primeros tipos de vínculos, mientras que del tercero hablaré en el próximo capítulo.

Así, viéndolo bien, al menos en muchas de las concepciones iuspositivistas, los dos primeros vínculos han sido considerados siempre como la fuente de un único y gran problema: el del *sentido en el cual se puede decir que una regla jurídica existe socialmente, como fenómeno normativo*. Para muchos iuspositivistas contemporáneos, de hecho, la indicación conceptual que impone ver al derecho como un producto de decisiones y de comportamientos sociales ha sido concretizada asignando a la noción genérica de ‘producto’ el significado específico de ‘regla’ o de ‘norma’. Pero estos últimos son, en algún sentido, *objetos normativos*, y entonces la cuestión de la existencia de estos productos, como se puede notar, se identifica por lo mismo con la cuestión del sentido en donde ellos son *objetos normativos*. La pregunta central es ahora: ¿en qué sentido las reglas existen socialmente como fenómenos normativos?

Entendido así, esto me parece en verdad la pregunta central, de tipo prejudicial, que una teoría iuspositivista —pero diría, más en general, que una teoría del derecho— debe enfrentar. Si no se determinan las condiciones de existencia de las reglas como fenómenos productivos de efectos normativos (efectos que pueden ser calificados de distintas maneras de acuerdo con las conocidas modalidades deónticas del deber, de la prohibición y del permiso) para los comportamientos, entonces tendrá muy poco sentido ocuparse de cualquier otro tipo de cuestión concerniente a las reglas.

Tal como acabamos de ver, la solución del problema, cualquiera que éste sea, trae a colación de todos modos la cuestión

de la relación entre las reglas (los ‘productos normativos’) y los comportamientos que a éstas se vinculan; pero la relación no concierne solamente, nótese bien, a los comportamientos sociales que necesariamente las generan (según el vínculo procedente del concepto iuspositivista), sino también a los comportamientos que se conectan a estas mismas reglas tras su producción, y que conciernen al *uso social* de las reglas mismas (en los términos de su cumplimiento o no, de su interpretación, de su aplicación, etcétera).

Ahora bien, las diversas concepciones iuspositivistas pueden distinguirse primeramente por la manera histórica y culturalmente condicionada con la que responden a esta pregunta central. A continuación ofreceré, muy brevemente, algunos ejemplos significativos de estas concepciones, mismos que indican algunas respuestas contemporáneas particularmente influyentes que, además, han dado vida a verdaderas *tradiciones de investigación*. Estos ejemplos representan también tres formas bastante estandarizadas y consolidadas de debilitar el concepto de iuspositivismo: el modo del *normativismo*, el del *realismo jurídico* y el del *derecho como práctica social*; analicémoslas brevemente.⁴⁴⁴

Podemos ver cómo el normativismo se mide con la pregunta relativa a la existencia social de la regla, mirando, en términos muy sintéticos, la respuesta dada por Kelsen. Lo haré tratando de suprimir completamente de mi discurso cualquier referencia —innecesaria en este lugar— a las cuestiones ligadas al carácter sistémico que el derecho presenta según Kelsen. Para este autor, como se sabe, una norma jurídica existe cuando está formulada por un acto de voluntad puesto en acción por un órgano o un sujeto autorizado para ello por una norma de grado superior, la cual determina sus modalidades de producción; el respeto de estas modalidades hace que el acto de voluntad adquiera —además

⁴⁴⁴ En este ámbito haré solamente unas breves observaciones; para aclaraciones ulteriores, me remito a mi *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, *cit.*, pp. 333-343.

del *sentido subjetivo* que ya posee— también el *sentido objetivo* de norma válida, que expresa un *deber ser objetivo*.⁴⁴⁵

Aquí no es posible (pero afortunadamente ni siquiera es necesario) examinar en detalle todos estos delicados pasajes del análisis kelseniano. Me interesa solamente captar el sentido global de su respuesta. Para Kelsen, entonces, la normatividad no es una *propiedad originaria* del derecho, sino una suerte de *propiedad emergente* que el derecho adquiere, *de una sola vez*, en los límites en los cuales su producción satisfaga determinadas condiciones. Cuando esto sucede, cada instancia de derecho (*la norma válida*) adquiere una existencia objetiva, y se coloca con pleno derecho en el interior de la dimensión autónoma (aunque creada por el hombre) del *deber ser*.

Veamos ahora, por medio del ejemplo de Ross, cómo el realismo jurídico (en la versión escandinava) se mide con el problema de la normatividad y, específicamente, con la pregunta fundamental ligada a la existencia social de la regla. En el caso de Ross, como es sabido, tenemos una respuesta especularmente contrapuesta a la de Kelsen. Para Ross, de hecho, las reglas jurídicas existen socialmente en la medida en que son aplicadas por los tribunales, y éstos las aplican porque las perciben como *psicológicamente vinculantes*.⁴⁴⁶

Tampoco aquí es necesario, afortunadamente, entrar en detalles sobre el sofisticado análisis rossiano de la validez. Me interesa solamente, una vez más, captar el sentido global de su respuesta a la cuestión del sentido de la normatividad. Para Ross, la propiedad de la normatividad no es una propiedad metaempírica emergente, sino más bien una *propiedad empíricamente observable*, como todas las otras que recaen bajo el dominio de la ciencia: una propiedad compleja que representa el resultado de la combinación de elementos psicológicos (el “sentimiento colectivo de obligatoriedad”) y factuales (los “comportamientos deci-

⁴⁴⁵ Cfr. al respecto, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 12-24.

⁴⁴⁶ Cfr. Ross, A., *On Law and Justice*, cit., pp. 29-74.

sionales de los tribunales”). Cada instancia de derecho adquiere esta propiedad, también en este caso *de una sola vez*, en cuanto se den las condiciones, cosa que la ciencia jurídica normalmente es capaz de verificar.

El tercer ejemplo que me interesa mencionar está constituido por la respuesta dada por Hart. En el caso de Hart, la clasificación de su pensamiento es más difícil y controvertida en comparación con los dos primeros ejemplos. Personalmente lo considero el iniciador o al menos el inspirador de una nueva tradición de investigación del iuspositivismo⁴⁴⁷ que difiere del normativismo y del realismo, y que se puede caracterizar usando la locución ‘derecho como práctica social’, teniendo en cuenta que se trata de una orientación de la cual existen versiones también fuera del iuspositivismo.⁴⁴⁸

Veamos ahora, en algunos pasajes, cómo Hart contesta a la cuestión de la existencia de la regla jurídica como regla social, prescindiendo totalmente, como ya lo hicimos con Kelsen, de las complicaciones ligadas al asunto de que para él el derecho está constituido también por un sistema de normas, y por lo tanto, suprimiendo completamente de mi discurso toda referencia —irrelevante en este contexto— a la *norma de reconocimiento*. Como es sabido, para Hart una regla jurídica (aunque el discurso es válido para las reglas sociales en general) existe si y sólo si una parte importante de los miembros de la comunidad de los usuarios de la regla muestra hacia ésta una *actitud crítico-reflexiva*, que consiste, en primer lugar, en darse cuenta del modelo de comportamiento previsto por la regla; y en segundo lugar, en aceptar dicho modelo de comportamiento en la conducta propia y en la ajena. Este tipo de aceptación implica, para Hart, que los usuarios asuman una postura *activa* respecto de la regla, es decir, que

⁴⁴⁷ Un tipo de convencimiento similar me parece el expresado también por Catania, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 1998, p. 112.

⁴⁴⁸ Es el caso, por ejemplo, de la versión elaborada por Francesco Viola en su obra *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990.

se dispongan a criticar los eventuales comportamientos inconformes por parte de los otros miembros del grupo, pero también, si es necesario, criticar los propios comportamientos; y todo esto en la convicción de que tales críticas sean *justificadas* por la presencia de la regla. Esta compleja actitud disposicional encuentra, al final, su expresión característica en el uso de una terminología normativa particular, que se expresa, por ejemplo, con palabras como ‘deber’, ‘obligación’, ‘justo’, ‘equivocado’, etcétera. No habría siquiera necesidad de decir que para esta compleja actitud Hart acuña la locución ‘punto de vista interno’.⁴⁴⁹

Tampoco en este tercer ejemplo es posible entrar en detalles y examinar así, en el caso específico, la compleja noción de ‘punto de vista interno’, noción que ha sido muy afortunada, pero que también ha suscitado polémicas feroces. Sobre tal noción, de todos modos, deberé regresar en el próximo capítulo, porque presenta importantes vínculos que se deberían aclarar oportunamente con la cuestión de los juicios de valor jurídico. Aquí me limito solamente a tratar de captar, sintéticamente, el sentido de la respuesta hartiana al tema de la normatividad. Lo novedoso, respecto de las respuestas anteriores, es que aquí la normatividad no es una propiedad que la regla adquiere *de una sola vez*, por medio de cada comportamiento o de cada decisión que satisfaga determinadas condiciones; la adquisición de esta propiedad, más bien, es el resultado producido por la intervención de una práctica compleja en cuyo interior la regla es *usada colectivamente* por parte de los miembros de la comunidad de referencia. También en este contexto, ciertamente, el momento de la producción inicial de la regla es importante, pero no es el único momento decisivo; para Hart, se puede decir que *la regla existe solamente en los límites en los cuales es aceptada y usada colectivamente por los miembros de la comunidad* en las formas que conocemos. Como ya hemos visto, la noción de aceptación⁴⁵⁰ es para Hart una

⁴⁴⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 68-70 y 105-108.

⁴⁵⁰ Sobre la noción de aceptación en Hart es fundamental el análisis llevado a cabo por Catania, A., *Il diritto fra forza e consenso. Saggi sulla filosofia*

noción compleja, denota una actitud disposicional que pasa por distintas fases; por lo tanto, aceptar una regla quiere decir conocer antes que nada su significado y, a la vez, disponerse a usarla como *criterio-guía*, como *criterio de justificación* y de crítica de la conducta propia y de la de los demás. En pocas palabras, la existencia de una regla es el fruto colectivo de una práctica social, y no de decisiones puntiformes puestas en acción por algunos sujetos particulares.

Se puede entender mejor, ahora, en qué sentido decía antes que Hart se puede considerar como un iniciador o al menos un inspirador de esta tradición de investigación catalogada hoy en día como ‘derecho como práctica social’; tradición que conoce un florecimiento bastante exuberante —también, pero no sólo— en el área del iuspositivismo analítico posthartiano. En este sentido, Bix sostiene que en la cultura jurídica contemporánea se está llevando a cabo una suerte de *turn to practice-based theories*.⁴⁵¹ En el campo de la hermenéutica jurídica, por ejemplo, este enfoque ha tenido importantes avances. En este ámbito, por ejemplo, ha habido quien, como Zaccaria, ha subrayado de manera muy incisiva la tesis según la cual la positividad del derecho no debe ser considerada como un *dato*, sino más bien como un *proceso*.⁴⁵² Puede ser útil, para este propósito, citar algunas afirmaciones muy significativas de este autor; él sostiene que el objeto de la ciencia normativa no está representado por *sustancias*, sino más bien por *nexos* y por *relaciones*. No se da la cosa ‘derecho’, sino que se dan *prácticas interpretativas específicas* de quienes participan y contribuyen a definir la identidad de las prácticas mismas;⁴⁵³ en otro trabajo Zaccaria hace afirmaciones muy si-

giuridica del Novecento, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, pp. 15-42.

⁴⁵¹ Bix, B., “Questions in Legal Interpretation”, *Law and Interpretation...*, *cit.*, p. 137.

⁴⁵² Zaccaria, G., “Sul concetto di positività del diritto”, *Diritto positivo e positività del diritto*, *cit.*, pp. 329-358.

⁴⁵³ Zaccaria, G., “Complessità della ragione giuridica”, *Ragion pratica*, 1, 1993, p. 89.

milares, destacando que la positividad representa, viéndolo bien, el resultado de un procedimiento y de una praxis articulada de sujetos, y no tolera, por lo tanto, ser definida como dada y previamente constituida de una vez por todas.⁴⁵⁴

Análogas afirmaciones son las que ha hecho Viola en un texto anteriormente citado; Viola sostiene que

la condición para un cambio de perspectiva es que no se conciba el derecho como un objeto colocado en un mundo de objetos. Si el derecho es una praxis social, o sea que pertenece al lenguaje de la interacción social y de la convivencia humana, entonces no es un objeto sino un conjunto complejo de procesos intersubjetivos de acción. No hay un punto arquimedeo antes del cual no hay derecho. Cada acción se inserta en un mundo preexistente de reglas y de materiales jurídicos que constituyen su interpretación y su especificación. No hay nunca un vacío jurídico absoluto; el derecho está integrado siempre a nuestra experiencia de vida. Cada acción jurídica opera siempre en el interior de un derecho preexistente. Es inaceptable la dicotomía entre ‘derecho dado’ y ‘derecho creado’: el derecho nunca es dado como un objeto ya acabado, sino a manera de presupuestos, de materiales normativos y de un horizonte contextual en el cual actuar. La creación es la actualización interpretativa de los principios jurídicos. Es necesario liberarse tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo en la medida en que se vean implicados en estas posiciones.⁴⁵⁵

Hay ciertamente divergencias notables entre la versión del *derecho como práctica social* elaborada por la filosofía analítica del derecho y la realizada por la hermenéutica jurídica, divergencias que tienen que ver con el léxico empleado, pero, también y sobre todo, con la estructura filosófica “de fondo”; hay también convergencias importantes que atañen particularmente a la idea de que el derecho no se puede considerar más, en primera instancia,

⁴⁵⁴ Zaccaria, G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermenéutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, p. 208.

⁴⁵⁵ Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 128 y 129.

como un *objeto*, sino como un *complejo de actividades* que, ciertamente, pueden también producir objetos.

Por lo que se refiere a la versión elaborada en el ámbito de teoría analítica de derecho, se puede ver, a modo de ejemplo, lo que sostiene Patterson en el intento de ofrecer una definición de derecho que siga las huellas de los análisis wittgensteinianos sobre el *rule following*: él sostiene, para este propósito, que

law is an interpretive enterprise whose participants engage in the production of, and debate about, explanatory narratives - narratives that account for the history of the practice and are produced in the serves that account for the history of the practice and are produced in the service of argumentation about how to resolve legal problems. Law is an activity and not a thing.⁴⁵⁶

Pero, independientemente también de la referencia a Wittgenstein, muchos otros estudiosos pertenecientes al área de la teoría analítica del derecho sostienen tesis que de alguna manera se vinculan a este enfoque: el *derecho como práctica social*.⁴⁵⁷

Sería muy interesante detenerse sobre este tipo de acercamiento, para examinar las relaciones entre las diferentes versiones que han sido ofrecidas; pero desgraciadamente falta aquí el espacio para hacerlo, aunque sí valdría la pena estudiar las relaciones entre la teoría de las reglas sociales de Hart y el pensamiento de otros autores que han seguido su discurso dentro del iuspositivismo.

Me parece en cambio más importante, para concluir este apartado, examinar en su totalidad las tres respuestas a la luz de la

⁴⁵⁶ Patterson, D., *Law's Pragmatism...*, cit., p. 87.

⁴⁵⁷ El mismo MacCormick puede ser considerado con justa razón como un exponente de esta orientación. Las referencias a esta aproximación por parte de MacCormick son particularmente evidentes en el libro escrito junto con Weinberger (MacCormick, N., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986, pp. 6-15). Para una versión analítica particularmente sofisticada de este acercamiento, véase Stravropoulos, N., *Objectivity in Law*, cit., pp. 165 y ss.

perspectiva constructivista que constituye el ángulo visual privilegiado de este trabajo.

Para ello, la primera cosa que hay que resaltar es que las tres concepciones arriba examinadas, aunque en forma parcial, constituyen tres modos distintos de observar el campo de experiencia jurídico, de efectuar su reconstrucción —parcial y selectiva— en términos de los objetos que lo constituyen, y de las propiedades de estos mismos objetos. Son tres reconstrucciones muy distintas, pero que respetan todos los vínculos dados por el concepto iuspositivista de derecho. El conjunto caótico de los datos que forman parte de la experiencia jurídica (particularmente al modelo occidental de las organizaciones jurídicas, que constituye el ámbito de extensión de todas estas concepciones) se estructura y se ordena mediante el uso de la locución común, es decir, la ‘regla’ o ‘norma’ que sobresale en las tres versiones, pero que, sin embargo, se refiere a objetos que están reconstruidos de manera muy distinta. Quiero decir que los resultados que surgen de estas tres *reconstrucciones de campo* son muy distintos, no obstante el hecho de que la locución usada sea prácticamente la misma. Detrás del empleo de estas locuciones, en síntesis, se encuentran nociones distintas por medio de las cuales se proporcionan “lecturas del campo de experiencia jurídico” muy divergentes.

Me parece importante corroborar este punto: las distintas nociones adoptadas sirven para denotar objetos diferentes, así como diversas son también las propiedades que las conforman. Veamos de qué manera: I) en el caso de Kelsen, los objetos que ocupan el campo de experiencia jurídico son *entidades normativas*, que si bien fueron creadas por actos de voluntad, pertenecen, una vez satisfechas algunas condiciones, al “mundo del deber ser”; II) en el caso de Ross, estos objetos son *hechos complejos de carácter psicosocial*, empíricamente observables, y específicamente actitudes psicológicas y comportamientos decisionales de los jueces; III) en el caso de Hart, los objetos están constituidos por *prácticas sociales complejas* de reconocimiento, de aceptación y de uso de los modelos de comportamiento incorporados en las reglas.

Un segundo elemento que habrá que observar es que si es verdad —como de hecho lo es— que las tres respuestas apuntan a dar cuenta del problema del sentido de la normatividad y, por lo tanto, de la relación entre reglas y comportamientos, entonces ellas se deben valorar también con relación al mayor o menor valor explicativo de la solución ofrecida. Desde este punto de vista, me parece que las primeras dos posiciones ofrecen respuestas *reduccionistas*, en el sentido de que, al buscar explicar la relación que subsiste entre reglas y comportamientos, terminan por atribuir de manera casi integral una dimensión a la otra; es decir, en el caso de Kelsen, la dimensión factual a la dimensión normativa, y en el caso de Ross, la dimensión normativa a la dimensión factual. Estrictamente hablando, lo que ocurre es que para Kelsen, las afirmaciones sobre los elementos factuales de derecho son casi completamente reducidas a afirmaciones que hacen referencia a los elementos normativos, mientras que para Ross las afirmaciones sobre los elementos normativos se reducen —completamente, diría yo— a afirmaciones sobre hechos psicosociales, empíricamente verificables.

De esta manera, sin embargo, me parece que una de las dos dimensiones fundamentales en las cuales el derecho se articula es eliminada o cuando menos fuertemente debilitada, en lugar de ser explicada. Por esta razón, me parece muy fecunda y persuasiva la explicación proporcionada por Hart, porque, por lo menos en la interpretación que trato de dar de ella, ésta no pretende de manera alguna eliminar —o debilitar drásticamente— una dimensión a favor de la otra; por el contrario, se esfuerza por dar cuenta de su común y contextual presencia, en la convicción de que una explicación adecuada del derecho no puede permitirse pasar por alto ninguna de las dos. En el esquema explicativo proporcionado por Hart, en síntesis, a ambas dimensiones se les reconoce la misma importancia y son vistas en una recíproca y constante interacción: la dimensión de las reglas no tiene vida autónoma, sino que existe justo porque las reglas son usadas en el interior de una práctica; la dimensión factual de los comportamientos tiene un significa-

do y una importancia jurídica sólo si estos comportamientos son interpretados con base en las reglas a las cuales ellos se refieren.

Puede ser pertinente citar la noción de *relación interna*, de amplio uso en algunos círculos analíticos,⁴⁵⁸ para captar de manera más apropiada la conexión conceptual que a mi parecer existe en la perspectiva hartiana, entre las afirmaciones que tienen como objeto —o que mencionan— las reglas y las que tienen como objeto los comportamientos de uso de las reglas. Pues bien, decir que entre estos dos tipos de afirmaciones existe una *relación interna* o *conceptual* significa sostener que las afirmaciones sobre el contenido de la —o que mencionan la— regla se refieren conceptualmente a las que versan sobre los comportamientos de uso de la regla; viceversa: las afirmaciones que versan sobre estos comportamientos de uso aluden conceptualmente a aquellas que tratan sobre las reglas, y que constituyen sus esquemas de interpretación. Ninguno de estos dos tipos de afirmaciones puede ser comprendido aisladamente uno del otro.

Es cierto que Hart nunca se ha manifestado abiertamente a favor de esta interpretación; como quiera que sea, considero que una lectura semejante no se opone a lo que él afirma expresamente sobre las condiciones de existencia de las reglas sociales. Un tercer y último punto que es importante subrayar, siempre con relación a la lectura constructivista que se puede ofrecer de

⁴⁵⁸ En el área de la filosofía analítica en particular son Backer y Hacker quienes introducen tal noción, considerándola como uno de los resultados del análisis wittgensteiniano sobre el *rule following*. Según estos dos autores, la convicción precisa de Wittgenstein era que la gramática de las reglas presentara un conjunto de relaciones internas. Para Baker y Hacker, en todo caso, conocer una regla significa saber qué actos cuentan como aplicación correcta de ésta; existiría, en suma, una relación interna entre “la expresión de una regla” y “la descripción de lo que se llama actuar de acuerdo a las reglas”. Los dos estudiosos expresan esta posición en una numerosa serie de trabajos: *cfr.* por ejemplo, Baker, G. P. y Hacker, P. M. S., *Scepticism, Rules and Language*, *cit.*, pp. 94-115; Wittgenstein, *Rules, Grammar and Necessity...*, *cit.*, pp. 85-105, y *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*, Oxford, Blackwell, 1984, pp. 263-266, 297 y 298.

esta discusión sobre el *sentido de la normatividad*, es que de las tres respuestas, viéndolo bien, solamente la de Hart es plenamente compatible con la concepción epistemológica constructivista. Las dos primeras, de hecho, son marcadas claramente por la participación de premisas descriptivistas; tan es así, que hacen una clara elección a favor de un enfoque *objetualista* del derecho: tanto para Kelsen como para Ross, de hecho, las reglas jurídicas representan, sin embargo, *objetos* (tanto normativos como factuales) que son producidos, *de una sola vez*, por decisiones y por comportamientos, y, que una vez producidos, se colocan en una dimensión de la realidad (tanto normativa como social), que tiene autonomía propia y configuración independiente respecto de los resultados de todas estas actividades (teóricas, interpretativas, aplicativas, genéricamente ligadas al uso social, etcétera), que luego son necesariamente puestas en acción con referencia a esos objetos. En definitiva, en el momento en que se haya ganado, en virtud de cada acto productivo —por ejemplo de un juez o de un legislador—, la existencia del derecho no recibe ningún tipo de contribución por todos aquellos actos —sucesivos— que luego van a recaer inevitablemente sobre el derecho mismo.

Las cosas son muy diferentes en la perspectiva de Hart: aquí tenemos, por lo menos *in nuce*, todos los ingredientes principales de una concepción *antiobjetualista*: para Hart, de hecho, las reglas jurídicas no existen como datos objetivos, independientes y autónomos de las prácticas sociales que las mantienen con vida en su constante actividad de reproducción y de uso. Utilizando el léxico del constructivismo, se podría decir, desde este punto de vista, que no existe una *realidad jurídica en sí*, separada de aquella que es la *realidad jurídica para nosotros*.

Naturalmente, el discurso de Hart es útil, con mayor razón para quienes, en el área del iuspositivismo analítico, desarrollan ulteriormente sus ideas, desplazándose con mayor determinación hacia el enfoque del *derecho como práctica social*. Sería ciertamente un trabajo muy interesante examinar las relaciones —sin duda muy complejas— que subsisten entre la teoría del derecho

como práctica social y la perspectiva epistemológica constructivista; por ejemplo, para tratar de entender hasta qué punto llega la compatibilidad y la sintonía hasta aquí registrada. Desafortunadamente, sin embargo, y es seguramente una falla de este trabajo, me ha faltado el tiempo para desarrollar un examen de este tipo; pero ello representará sin duda uno de los pasos sucesivos de mi investigación, que, en lo que concierne al análisis de las implicaciones del constructivismo en el ámbito jurídico, tiene aún mucho trabajo por desarrollar.

6. *El rol productivo “fuerte” del conocimiento jurídico*

En este último apartado del capítulo me ocuparé de examinar brevemente un perfil ulterior, particularmente importante, que procede de la aplicación del constructivismo al conocimiento jurídico. Si miramos el conocimiento jurídico en todas sus formas, a través del cristal del constructivismo, entonces debemos reconocer que éste desempeña un *papel productivo muy peculiar* respecto de los objetos a los cuales se dirige.

Visto desde un punto de vista constructivista, que el conocimiento desempeña un papel —dentro de ciertos límites— *productivo*, debería de ser considerado ya una tesis que se da por descontada para quien nos ha seguido hasta aquí. Lo que quiero decir, sin embargo, es que ciertos tipos de conocimiento (entre los que se encuentra el *conocimiento jurídico*) llevan a cabo un *papel productivo aún más fuerte* en el sentido de que proporcionan *una contribución necesaria para la existencia misma de los objetos a los que van dirigidos*.

Buscaré, ahora, proporcionar algunos argumentos en apoyo de esta tesis. Debemos preguntarnos, antes que nada, qué condiciones se deben dar para que se pueda admitir, en determinadas disciplinas cognoscitivas, este peculiar tipo de intervención productiva. La primera condición fundamental, ligada a los contenidos del conocimiento, es que entre los objetos de los campos de experiencia en los cuales estas disciplinas trabajan existen en

primer plano objetos tales como las *reglas* (como sea que estén configuradas) como significados de enunciados, entidades normativas, etcétera.

La segunda condición, ligada a *la manera de acercarse* a estos objetos, requiere apropiarse de una asunción metodológica fundamental para nuestro campo de indagación (y para todos los campos que presentan reglas como objetos de estudio), asunción que concierne al modo como hay que entender la *positividad del derecho*, y por lo tanto la existencia del derecho como fenómeno normativo. Se trata de aquella asunción que no podría haber sido expresada mejor que por Letizia Gianformaggio, cuya afirmación me limito entonces a citar: “La positividad del derecho... no es un hecho, sino que es fruto de una operación de reconocimiento, y esta operación es una praxis difundida y sobre todo —por necesidad lógica— no institucionalizada”.⁴⁵⁹

Viéndolo bien, esta tesis no constituye sino el núcleo fundamental de la respuesta hartiana al problema del sentido de la normatividad, y es la respuesta que he considerado como la más adecuada (entre las consideradas aquí) y, en todo caso, la que está más acorde con las premisas constructivistas. De acuerdo con esta tesis, entonces, el derecho positivo no puede ser considerado *existente* sino a causa de una operación de reconocimiento (en modos y formas por determinar) por parte de los miembros de la comunidad a la cual va dirigida. Esto quiere decir, como ya se ha mostrado en el apartado anterior, que es posible sostener que un derecho positivo *existe* para los miembros de la comunidad en cuestión, solamente si por lo menos una parte de ellos acepta las normas como modelo de conducta tanto para el comportamiento propio como para el ajeno.

Se debe corroborar, por consiguiente, que cuando aquí se habla de *la existencia del derecho positivo* se hace en el sentido de una *existencia calificada* —la existencia del derecho como

⁴⁵⁹ Gianformaggio, L., “Il filosofo del diritto e il diritto positivo”, *Diritto positivo e positività del diritto*, cit., pp. 10 y 11.

fenómeno capaz de producir efectos normativos sobre el comportamiento— y ya no de una *existencia en bruto*, como sería la de un derecho visto meramente como un conjunto de objetos (documentos, comportamientos, reacciones psicológicas, etcétera) privados de esa existencia calificada. Porque, en definitiva, para hablar de *existencia del derecho positivo*, en el sentido pleno de este término, el nivel de la *existencia en bruto* no basta; se necesita añadir el nivel de la *existencia calificada*.

Se puede mostrar ahora cómo justamente de la conjunción de ambas condiciones surge la tesis que se quiere defender en este apartado. Si, de hecho, el objeto de nuestra indagación son —también— *reglas*, es decir, fenómenos cuya *existencia calificada* presupone una actividad de reconocimiento, entonces estas reglas no pueden ser consideradas como *existentes en sentido pleno* si no se dan, en el interior de ese contexto, prácticas de aceptación del modelo de comportamiento incorporado en la regla. Pero estas prácticas de aceptación presuponen, a su vez, que se conozca el contenido de la regla, en el mismo sentido para el cual, en Hart, la actitud reflexiva representa el presupuesto de la actitud crítica; y esto significa, para concluir el argumento, que, por transitividad, *el conocimiento del contenido de la regla es uno de los presupuestos para la existencia misma del derecho positivo*.

He colocado aquí entre paréntesis, para evitar demoras inútiles, la complicación ligada al hecho de que la operación de reconocimiento en nuestras organizaciones jurídicas estructuradas en sistemas de reglas propende en realidad a descargarse, al menos en situaciones normales, ya no sobre cada una de las reglas, sino sobre la metarregla (de la cual ya se conocen muchas versiones) que establece los criterios de reconocimiento de las otras reglas. Estoy convencido de que, en todo caso, el funcionamiento del argumento no se altera de ninguna manera por la exigencia de tomar en cuenta este perfil ulterior.

Pero, como ya he dicho, no es posible extenderse más aquí en la cuestión de la relación entre el conocimiento de los contenidos

de cada regla de un ordenamiento y el conocimiento del contenido de su metarregla de reconocimiento; por otro lado, tampoco es posible examinar más específicamente el papel desempeñado en estas operaciones de reconocimiento por el conocimiento jurídico de sentido común. Así que no exhibiré ningún tipo de argumento sobre las cuestiones vistas anteriormente. Me limito más bien a subrayar que no solamente el ambiente cultural es más propicio hoy para reivindicar el papel constructivo que juega el conocimiento jurídico de sentido común, sino que también, en el plano del derecho positivo, nuestras organizaciones jurídicas se inclinan a reconocer un espacio cada vez mayor a estos procesos cognoscitivos.

Se puede mostrar que las cosas están de esta manera, al subrayar un dato bastante interesante de la evolución de las organizaciones jurídicas europeas. Quiero referirme aquí al progresivo debilitamiento al que ha sido sometido el principio de la *ignorantia legis non excusat* en épocas recientes, principio cuyo campo de extensión ya no se entiende en términos de incondicionalidad absoluta. La tendencia generalizada es la de reconocer que la presunción del *conocimiento del derecho*, por parte de los ciudadanos, ya no puede tener validez en términos absolutos; en particular, no puede valer más en aquellos casos en donde se pueda demostrar la *imposibilidad*, o la *particular dificultad* (independientemente de una “mala voluntad”) de conocer el contenido de ciertas normas. Incluso nuestro ordenamiento jurídico ha predispuerto por fin limitar la *absoluta inexcusabilidad de la ignorancia* introduciendo una limitación parcial del principio, pero no por la vía legislativa, sino a través de la intervención de la Corte Constitucional que, con la sentencia 364/1988,⁴⁶⁰ ha establecido la ilegitimidad del artículo 5 de nuestro Código Penal, en la parte en la cual no excluye de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley la *ignorancia inevitable*. Por lo tanto, en estos casos, la igno-

⁴⁶⁰ Sobre esta sentencia, véanse las interesentas observaciones de Fiandaca, G., “Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: ‘prima lettura’ della sentenza n. 364/88”, *Il Foro Italiano*, 1, 1385, 1988, pp. 3-23.

rancia inevitable produce la anulación de los efectos normativos de dicha norma.

También nuestro derecho positivo, pues, parece actuar, aunque lentamente, en dirección al reconocimiento de un papel cada vez más *activo* del ciudadano con respecto a las normas que le incumben, papel activo que implica también la dimensión del conocimiento del derecho. De esta manera, no se puede más que corroborar, para concluir el capítulo, que las observaciones generales que he planteado sobre la naturaleza y el papel del conocimiento jurídico están perfectamente alineadas con la perspectiva adoptada en ámbito epistemológico. En el caso particular del conocimiento del sentido común, éste también, como el producido por los teóricos, por los estudiosos del derecho, por los juristas y por los operadores jurídicos, contribuye de manera relevante en los procesos de reconstrucción del campo de experiencia —jurídico— característicos de toda actividad cognoscitiva.